# Wieweit ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Kaufsache frei von Mängeln und Fehlern zu liefern?

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

JURISTISCHEN FAKULTAT

DER

FRIEDRICH-ALEXANDER-UNIVERSITÄT ZU ERLANGEN

VORGELEGT VON

VINCENZ NOWICKI

AUS ADELNAU

REFERENDAR AM KGL. OBERLANDESGERICHT ZU CELLE.

ACAD. LAND-BAT. BERL.

APPROBIERT AM 30. APRIL 1907.

POSEN.

ST. ADALBERT-DRUCKEREI UND BUCHHANDLUNG G. M. B. H.

1907.

23

Referent:

Herr Univ. Professor Dr. Binder.

Herrn Baron

Desiderius von Chłapowski

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549821_0051

# Inhaltsverzeichnis.

## A. Allgemeiner Teil.


Seite

1. Einleitung . . . . . 9
2. Geschichtliche Entwickelung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers . . . . . 9
3. Die Leistungspflicht des Verkäufers bei Mängeln der Kaufsache mit kurzem Ueberblick über die Literatur . . . . . 11


## B. Besonderer Teil.


I. Die Leistungspflicht des Verkäufers und Mängel und Fehler der Kaufsache, die schon beim Kaufabschluss vorhanden sind . . . 14

1. Das frühere Recht . . . . . 14
2. Das heutige Recht . . . . . 16

a) Der Spezieskauf . . . . . 16
α) Mängel und Fehler der Speziessache . . . . . 16
β) Die Zusicherung der Abwesenheit von Fehlern und Mängeln 20
γ) Das Resultat und seine Folgen . . . . . 27

b) Der Genusskauf . . . . . 31
α) Der begriffliche Unterschied des Genuss- und des Spezieskaufs und seine Folgen . . . . . 31
β) Die Leistungspflicht des Verkäufers einer mangelhaften Genusssache unter Berücksichtigung des § 243 B. G. B. 33
γ) Die Leistungspflicht des Verkäufers einer mangelhaften Genusssache im Lichte des § 480 B. G. B. . . . . 36
δ) Das Resultat und seine Folgen . . . . . 39

II. Fehler und Mängel, die nach dem Kaufabschluss, aber vor dem Gefahrübergange eintreten. Zusammentreffen der Gewährleistungsvorschriften mit den allgemeinen Bestimmungen des B. G. B. . . 48

1. Unbehebbare Fehler und Mängel. Konkurrenz der Gewährleistungsvorschriften mit den allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit . . . . . 48

a) Der Spezieskauf . . . . . 48

α) Kommen die allgemeinen Bestimmungen neben den Gewährleistungsvorschriften überhaupt in Betracht? . . . 49

β) Die Haftung des Verkäufers beim Zusammentreffen der allgemeinen Bestimmungen mit den Gewährleistungsvorschriften . . . . . 53

γ) Der Einfluss der Gewährleistungsvorschriften auf die konkurrierenden allgemeinen Bestimmungen . . . . . 59

b) Der Genusskauf . . . . . 61

2. Behebbare Mängel und Fehler . . . . . 62

a) Der Spezieskauf . . . . . 63

b) Der Genuskauf . . . . . 67

3. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Anfechtung wegen Irrtums bzw. Betrugs neben den Gewährleistungsvorschriften . 67

III. Fehler und Mängel der Kaufsache, die nach dem Gefahrübergange entstehen, und die Leistungspflicht des Verkäufers . . . . . 70

# Literatur.


Betzinger: Berührungspunkte zwischen den ädilizischen Rechtsbehelfen der Anfechtung wegen Irrtums und der Kondiktion in der Zeitschrift »Das Recht«, Jahrgang 1903, S. 276.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4 Aufl., Jena 1903.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig, 1902.

Danz: Ueber das Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem B. G. B. in Iherings Jahrbüchern Bd. 46, S. 381 ff.

Dernburg: Das bürgerliche Recht.

Dernburg: Pandekten, 5 Aufl., Berlin 1897.

Dernburg: In der Deutschen Juristen-Zeitung, 1903, S. 1 ff.

Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem B. G. B. in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 43, Heft 3.

Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem B. G. B., Jena 1899.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8 Aufl., Berlin 1903.

Engelmann: Das Bürgerliche Recht Deutschlands, 2 Aufl., Berlin 1900.

Reichsgericht: Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofes.

Fischer und Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe, 3 Aufl., München.

Goldmann & Lilienthal: Das B. G. B. systematisch dargestellt, 2 Aufl.

Goudefroy: Die Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache nach dem B. G. B für das Deutsche Reich. Dissertation Rostock 1902.

Kipp: In den Verhandlungen des 27. Juristentages. Band I.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. Jena 1900.

Kloss: Gewährleistung wegen Mängel oder Fehler der Kaufsache. Sonderabdruck aus Band IX. Heft 5 des Sächsischen Archivs für Bürgerliches Recht und Prozess.

Leonhard: Die Beweislast. Berlin 1904.

Levy: Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrage. Dissertation. Erlangen 1902.

Mugdan: Die gesammelten Materialien zum BGB. Berlin 1899.

Müller: Begründet ein Verschulden des Verkäufers beim Verkauf oder bei Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadensersatze nach Vertragsrecht? »Das Recht« 1902, No. 22 und 23.

Neumann: Handausgabe des BGB. Berlin 1900.

Oertmann: Kommentar zum BGB, 2. Aufl Berlin 1906.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. 1. und 2. Auflage. Berlin 1902.

Schlossmann: Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem BGB. Jena 1903.

Schöller: Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung in Gruchot's Beiträgen zur Erl. des dtsch. Rechts. Band 46, Heft 1.

Schollmeyer: Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf; in Iherings Jahrbüchern, Bd. 49.

Schröder: Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf. Berlin 1903.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 48; 49.

Sohm: Institutionen. 7. Auflage. Leipzig 1898.

Stahl: Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache nach dem BGB. Dissertation. Erlangen 1900.

Stampe: Gesetz und Richtermacht, in der Deutschen Juristen Zeitung 1905. Seite 1019.

Staub: Die positiven Vertragsverletzungen. Berlin 1904.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Aufl. Berlin 1900.

Staudinger: Kommentar zum BGB. 2. Aufl. München 1906.

Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach dem bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.

Thöl: Handelsrecht. 6. Aufl. 1879.

Weber: Gewährleistung wegen Mängel im Rechte beim Kauf. Dissertation, Leipzig 1903.

Werner: Streitfragen aus dem Gebiete des Wandelungsrechts im »Das Recht«, 1902, S. 476.

Windscheid: Pandekten. 3. Auflage.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Panedektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt a/M. 1906.

# A. Allgemeiner Teil.

## 1. Einleitung.

Der überwiegende Teil der aus Kaufgeschäften entspringenden Streitigkeiten beruht auf der mangelhaften Lieferung der Kaufsache seitens des Verkäufers. Daher bleibt eine der wichtigsten Fragen des Kaufrechts die, von welcher Beschaffenheit die Kaufsache sein muss, damit ihre Lieferung als vertragsmässige Erfüllung der durch den Kaufabschluss vom Verkäufer übernommenen Lieferungspflicht zu gelten hat. Da eine erschöpfende Bestimmung hierüber in den meisten Fällen von den Vertragschliessenden nicht getroffen wird, so werden fast stets ganz oder zum Teil die gesetzlichen Vorschriften ergänzend Anwendung finden müssen. Deswegen hat diese Frage zu allen Zeiten eine möglichst eingehende Regelung durch die Gesetzgebung gefunden, indem man sich dabei von dem Gedanken leiten liess, zwischen den sich widerstreitenden Interessen der Vertragschliessenden einen möglichst gerechten Ausgleich herbeizuführen[1]). Dies hoffte man dadurch zu erreichen, dass man eine Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Sache statuirte.

## 2. Geschichtliche Entwickelung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers.

Der Umfang dieser Haftung war in den verschiedenen Zeiten und Rechten verschieden: anfänglich in den engsten Grenzen gehalten, wurde er mit der Entwickelung des Verkehrs immer mehr und mehr erweitert.

So haftete nach römischem Recht der Verkäufer zunächst nur für das Nichtvorhandensein von zugesicherten Eigenschaften. Dann liess man ihn auch haften, wenn er arglistig ihm bekannte Mängel verschwieg. Noch später bestimmte das

---

1) Dernburg, das bürgerliche Recht Bd. II § 167.

Edikt der Aedilen, dass der Verkäufer dann immer hafte, wenn er die Abwesenheit der Mängel nicht angezeigt hat[1]), doch galt dies zunächst nur für Sklaven und Vieh. Schliesslich ist diese Haftung von der Jurisprudenz auf alle anderen körperlichen Sachen ausgedehnt worden[2]).

Die Haftung bestand darin, dass der Käufer nach dem ädilizischen Edikte die kurz verjährbaren Klagen auf Rückgängigmachung des Kaufs (actio redhibitoria) und auf Herabsetzung des Kaufpreises (actio quanti minoris), und nach Zivilrecht in den oben angegebenen Fällen die actio emti auf das Interesse geltend machen konnte.

Diese Regeln des römischen Rechts wurden mit der Reception in Deutschland übernommen.

Nach altdeutschem Rechte war die Haftung des Verkäufers noch enger. Sie trat nur bei besonders schweren Mängeln ein, die ohne Rücksicht auf die Umstände eines Einzelfalles ein für allemal bestimmt waren, und bestand darin, dass der Käufer abgesehen von dem Falle der Arglist des Verkäufers, wo er auch Schadenersatz verlangen konnte, nur ein Recht auf Rückgängigmachung des Kaufs hatte[3]).

Von derselben Erwägung ausgehend hat auch das B. G. B. hierin der Entwickelung des römischen Rechts, insbesondere des ädilizischen Edikts folgend, neben den aus dem Kaufvertrage resultirenden Hauptverbindlichkeiten des Verkäufers, dem Käufer die Kaufsache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen[4]), eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Mängel der Sache statuirt und dieselbe in den §§ 459 ff.[5]) durch eingehende Bestimmungen geregelt[6]). Danach haftet der Verkäufer dem Käufer dafür, dass die Sache zur Zeit des Uebergangs der Gefahr nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, und ferner dafür, dass sie zu demselben Zeit-

---

[1]) l. 1. § 1, l. 38 pr. D. 21, 1.

[2]) Windscheid-Kipp A. 1. zu § 394 l. 1 p. l. 63 D. de aad. ed 21, 1.

[3]) Cosack, Bürgerliches Recht Bd. I S. 423.

[4]) Nach römischem Rechte brauchte der Verkäufer nur die Sache zu übergeben und für das Behalten einzustehen — rem habere. praestare — l. 11 D. 19, 1, l. 25 § 1 D. 18, 1.

[5]) Ohne nähere Angaben zitierte Paragraphen gehören dem BGB an.

[6]) Die Gewährleistungspflicht bei Viehmängeln § 451 hat eine besonders eingehende Regelung gefunden, und soll hier nur, soweit nötig, gestreift werden.

punkte die zugesicherten Eigenschaften hat (§ 45). Liefert der Verkäufer eine dieser Vorschrift entsprechende mangelhafte Sache, so erwachsen dem Käufer verschiedene Rechte: Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) (§ 462); statt dieser Rechte, wenn die zugesicherte Eigenschaft der Sache schon zur Zeit des Kaufes fehlt, oder der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat, Schadenersatz wegen Nichterfüllung (§ 463); beim Kauf von nur der Gattung nach bestimmten Sachen statt Wandelung und Minderung das Recht, an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie zu verlangen, oder, falls der Sache die zugesicherte Eigenschaft zur Zeit des Gefahrüberganges fehlt, oder der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat, statt dieser drei Rechte Schadenersatz wegen Nichterfüllung (§ 480).

### 3. Die Leistungspflicht des Verkäufers bei Mängeln der Kaufsache mit kurzem Ueberblick über die Literatur.

Hierdurch sind dem Käufer in ausreichendem Masse Mittel in die Hand gegeben, deren Anwendung ihn gegen die aus der mangelhaften Lieferung etwa entstehenden Nachteile schützt. Der Verkäufer wird also, um den aus dieser Haftung entspringenden Folgen zu entgehen, bemüht sein, dem Käufer eine möglichst mangelfreie Sache zu liefern. Es fragt sich nur, ob und inwieweit er dazu auch verpflichtet ist, d. h. ob seine vertragsmässige Leistungspflicht sich auch auf die Freiheit der Kaufsache von tatsächlichen[1]) Mängeln bezieht.

Diese Frage, deren Beantwortung, wie wir sehen werden, nicht nur einen theoretischen Wert, sondern auch praktische Bedeutung hat, ist in der Doktrin und Praxis verschieden behandelt worden.

In der gemeinrechtlichen Wissenschaft unterschied man zwischen dem Kauf individuell bestimmter Sachen und demjenigen von Gattungssachen. Während man aber bei jenen die Frage einmütig[2]) verneinte, herrschte bezüglich der letzteren ein heftiger Streit, der darin gipfelte, ob auch beim Gattungskauf wegen Mangelhaftigkeit der gelieferten Sache die ädilizischen

---

[1]) Nur von tatsächlichen Mängeln wird hier die Rede sein, da bei Mängeln im Rechte § 439 ff. die Freiheit von denselben zweifellos zur Leistungspflicht des Verkäufers gehört.

[2]) Windscheid, Pandekten. 3. Aufl. A. 20 zu § 394.
Dernburg, „ 5. Aufl. A. 24 zu § 101.
Vangerow, „ Bd. III. Bem. zu § 689.

Rechtsmittel anwendbar seien, oder, ob in der Lieferung einer fehlerhaften Sache überhaupt noch keine Erfüllung liege, so dass noch auf diese geklagt werden müsse. Entgegen der Lehre Thöls[1]) und Windscheids[2]), hat die herrschende Lehre sich auf den Standpunkt gestellt, dass die Lieferung mangelhafter Gattungssachen Erfüllung sei; ob mit Recht, wird weiter unten zu prüfen sein.

Noch weniger Einigkeit, als in der gemeinrechtlichen Doktrin, herrscht in der neueren Wissenschaft über die vorliegende Frage.

Obwohl, wie bemerkt, die Regelung dieser Materie im B. G. B. im Anschluss an die Entwickelung des römischen Rechts erfolgt, und dieses sowohl in den Motiven, wie in der Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B. (S. 61) betont ist, gehen die wenigsten bei ihren Betrachtungen über die vorliegende Frage den Anschauungen des gemeinen Rechts nach. Die meisten begnügen sich damit, ihrer Meinung teils ohne, teils mit dürftiger Begründung kurzen Ausdruck zu verleihen.

So lehrt Dernburg (Bd. II. § 185 I.), der Käufer dürfe im Falle von Mängeln der Kaufsache deren Entgegennahme verweigern, weil solches Angebot kein dem Vertrage entsprechendes sei. Sei dem Verkäufer die Lieferung mangelfreier Sache unmöglich, so kommen dem Käufer die Rechte zu, welche dem einen gegenseitigen Vertrag schliessenden zustehen, wenn die seinem Mitkontrahenten obliegende Leistung unmöglich ist, und derselbe diese Unmöglichkeit zu vertreten hat.

Ebenso sagt Cosack[3]) kurz, der Käufer dürfe, wenn die verkaufte Sache an einem Mangel leidet, zunächst die Annahme verweigern und habe alsdann alle Rechte die ihm bei Nichtlieferung der Sache zustehen.

Diesen Ansichten schliessen sich mit ähnlichen, unten zu widerlegenden Begründungen eine ganze Anzahl neuerer Schriftsteller an, indem sie lehren, dass mangelhafte Lieferung keine Erfüllung sei[4]). Danach brauchte also der Käufer die mangelhafte Sache nicht anzunehmen und könnte dadurch die Verkäufer solcher Sachen trotz des Anbietens in Verzug setzen, einer Klage derselben auf Zahlung des Kaufpreises aber mit

---

[1]) Thöl, Handelsrecht Bd. I. § 275.
[2]) a. a. O.
[3]) Bd. I. § 127, II. 1.
[4]) Schöller b. Gruchot Bd. 46, S. 13. Eccius b. Gruchot Bd. 43. S. 306. Emerich S. 68. Kisch S. 193 Titze S. 277. Goudefroy. Diss. S. 30. Auch Düringer-Hachenburg. Vgl. auch Endemann Bd. I, § 161 A. 31.

der Einrede aus § 320 begegnen. Zu dieser Lehre stehen andere mehr oder minder im Gegensatz.

Crome[1]), Leonhard[2]) und in neuester Zeit Schröder[3]), Staudinger[4]), sowie Oertmann[5]) unterscheiden, wie die gemeinrechtliche Doktrin, zwischen Spezies- und Genusskauf und beantworten unsere Frage für jenen verneinend, für diesen bejahend.

Noch weiter gehen Schollmeyer[6]) und Staub[7]), welche lehren, dass die Lieferung mangelhafter Sachen in jedem Falle Erfüllung, wenn auch mangelhafte Erfüllung sei, dass der Verkäufer weder die Spezies noch die Genusssache frei von Mängeln liefern brauche. Im folgenden soll unter Berücksichtigung der streitigen Ansichten und an der Hand der einschlägigen Bestimmungen des B. G. B. eine Lösung der vorliegenden Streitfrage versucht werden, wobei aus dem oben angeführten Grunde von dem römischrechtlichen Gedanken, wo nötig, ausgegangen werden soll.

Während aber in der gemeinrechtlichen Wissenschaft der Streit auf die zur Zeit des Kaufabschlusses vorhandenen Fehler beschränkt blieb, weil mit diesem Zeitpunkte nach dem Grundsatze: periculum est emptoris die Gefahr auf den Käufer überging, später eintretende Mängel somit nicht in Frage standen, muss die vorliegende Untersuchung gemäss der Bestimmung des B. G. B.[8]), dass die Gefahr erst mit der Uebergabe der Sache auf den Käufer übergeht, auch diejenigen Fehler umfassen, welche nach dem Kaufabschluss und vor dem Gefahrübergange sich einstellen. Als Schlusswort soll eine kurze Betrachtung über die Vertragspflicht des Verkäufers bezüglich derjenigen Fehler folgen, welche nach dem letzteren Zeitpunkte eintreten.

Daraus ergiebt sich eine Dreiteilung der Arbeit:

I. Hauptteil: Mängel, die beim Kaufabschluss vorhanden sind;
II. Hauptteil: Mängel, die nach dem Kaufabschluss, aber vor dem Gefahrübergange sich einstellen;
III. Hauptteil: Mängel, die nach dem Gefahrübergange eintreten.

---

[1]) § 220.
[2]) Die Beweislast. S. 393.
[3]) S. 2 ff.
[4]) S. 122, Bd. II b.
[5]) Kommentar zum BGB Schuldverhältnisse, Bem. zu § 433 und 459.
[6]) Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf in Iherings Jahrbüchern Bd. 49 S. 93 ff.
[7]) HGB a 37. Exkurs zu § 374 und A. 3 zu § 377; ebenso in: Die positiven Vertragsverletzungen S. 19.
[8]) §§ 459, 446.

# B. Besonderer Teil.

## I. Hauptteil.

### Mängel, die beim Kaufabschluss vorhanden sind.

Es ist schon oben gesagt worden, dass die gemeinrechtliche Doktrin bei Beurteilung der Frage, ob der Verkäufer die Kaufsache frei von Mängeln und Fehlern zu liefern habe, einen Unterschied zwischen Spezieskauf und Genusskauf machte. Hier soll die nähere Begründung für diese Unterscheidung auseinandergesetzt werden, um durch Vergleich dieser Gründe mit den Anschauungen des neuen Rechts eine Lösung der Streitfrage zu versuchen.

#### 1. Das frühere Recht.

Bezüglich des Kaufs von individuell bestimmten Sachen, des sog. Spezieskaufs, waren alle auf Grund der Quellen darüber einig, dass der Verkäufer, da gerade diese eine bestimmte Sache verkauft sei, mit ihrer Lieferung seine Vertragsverpflichtungen erfülle, dass somit von Nichterfüllung der letzteren nur bei Lieferung anderer, nicht bloss fehlerhafter Sachen die Rede sein kann[1]).

Beim Kauf von nur der Gattung nach bestimmten Sachen, dem Genusskauf dagegen, nahm Windscheid an, dass es als stillschweigend vereinbart angesehen werden müsse, dass das zu Liefernde fehlerlos geliefert werden müsse. Sei also etwas Fehlerhaftes geliefert worden, dann sei trotz der Annahme der Sache seitens des Käufers, wenn sie nur in Unkenntnis des Fehlers erfolgt ist, — der Vertrag nicht erfüllt, und der Käufer könne anderweitige Lieferung fehlerloser Sachen verlangen.

Diese abweichende Behandlung des Genusskaufs begründete Windscheid damit, dass die Uebertragung der Be-

[1]) Schröter, S. 4, Windscheid, Dernburg, Vangerow o a. O.; S. S. 11.

stimmungen, welche in den Quellen über den Kauf individuell bestimmter Sachen enthalten sind, auf den Kauf generisch bestimmter Sachen nicht gerechtfertigt sei.

Dieser Ansicht Windscheids lag die Lehre Thöls[1]) zu Grunde, welcher die fehlerhafte Sache als eine vertragswidrige und demgemäss als eine andere, als die konsentierte ansah und deshalb dem Käufer mangelhafter Gattungssachen die ädilizischen Klagen versagte.

Diese Lehre ist jedoch nicht zur Geltung gelangt.

Dem Oberhandelsgericht[2]) folgend, hat das Reichsgericht[3]) sich wiederholt dahin ausgesprochen, dass auch bei Genusskäufen die ädilizischen Klagen anwendbar seien, und dass demnach die Lieferung mangelhafter Ware wirkliche, aber mangelhafte Erfüllung sei.

Ebenso wie in der Praxis, wurde auch in der Doktrin die Ansicht Thöls und Windscheids verworfen.

Dernburg[4]) widerlegte treffend diese Lehre mit dem Hinweise darauf, dass sie dann richtig wäre, wenn etwas „Anderes" als vereinbart geliefert wäre, wenn also jeder Fehler die Sache zu einer anderen, als der versprochenen machen würde. Sei dagegen ein dem versprochenen nach Art und Gattung entsprechendes Objekt geliefert und angenommen, so sei erfüllt, wenn auch nur mangelhaft erfüllt.

Diese herrschende Ansicht ging also dahin, dass der Verkäufer an sich zur Lieferung mangelfreier Sachen verbunden, und es demgemäss dem Käufer gestattet sei, mangelhafte Ware zurückzuweisen und mangelfreie zu beanspruchen, dass aber nach erfolgter Lieferung die Sache so angesehen werden sollte, als wäre über diese Spezies contrahirt, und der Käufer wegen nachträglich entdeckter Fehler auf für solche Speziesküufe geltenden Rechtsregeln angewiesen[5]).

Ging die herrschende Ansicht im gemeinen Recht dahin, dass sowohl beim Spezieskauf wie beim Genusskauf die Lieferung mangelhafter Sachen stets Erfüllung, wenn auch mangelhafte Erfüllung sei, so stehen im neuen Recht einer gleichen Behandlung des Spezies- und des Genusskaufes positiven Bestimmungen des B. G. B. entgegen, die die Be-

---

1) Siehe oben S. 12.
2) Entsch. d. O. H. G. Bd. 5. S. 399
3) Entsch. Bd. 6. S. 189, Bd. 12. S. 84. Bd. 4. S. 195 und Seufferts Archiv Bd. 48. No. 84.
4) a. a. O.
5) Vgl. Seufferts Archiv Bd. 49 No. 243.

schaffenheit der Gattungssache vorschreiben (§ 243) und eine abweichende Regelung des Genusskaufes enthalten (§ 480).

Wie werden daher bei unserer Untersuchung zwischen dem Spezies- und dem Genusskauf unterscheiden müssen.

## 2. Das heutige Recht.

### a. Der Spezieskauf.

#### α. Mängel und Fehler der Speziessache.

Beim Spezieskauf ging die gemeinrechtliche Doktrin, wie gesagt, von dem Gedanken aus, dass bei einem solchen Kaufe gerade diese eine Sache verkauft sei, und der Verkäufer daher mit ihrer Lieferung seine Vertragsverpflichtungen erfülle.

Diese Ansicht muss auch für das neue Recht gelten.

Das B. G. B. enthält keinerlei Hinweis über seine Stellungnahme zu unserer Frage. Auch im § 433, dem Hauptsatze des Kaufrechts ist eine Verschaffungspflicht der Kaufsache in mangelfreiem Zustande nicht einmal angedeutet. Ebensowenig enthalten die Materialien zum B. G. B. irgend welche Anhaltspunkte dafür.

Das Gesetz statuiert nur eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers für Mängel der gelieferten Sache.

Jedoch ist aus dem Vorhandensein dieser Gewährleistungspflicht nicht auf eine Erfüllungspflicht des gleichen Inhalts zu schliessen.

Dies war für das römische Recht, welchem wir die Entwickelung der Mängelgewährleistung verdanken, — wenigstens soweit es den Spezieskauf betraf — unbestritten[1]). Ja, Dernburg[2]) sieht sogar in der Pflicht des Verkäufers, für das Behalten der Sache einzustehen, — eine Pflicht, die ihrer Natur nach der Erfüllungspflicht viel näher steht — nicht die Erfüllung des Kaufvertrages, sondern Erfüllung der besonderen übernommenen Gewährleistungspflicht.

Da das B. G. B. bei Regelung dieser Materie dem römischen Rechte folgte, so darf man mit Schröder[3]) meinen, dass der Gesetzgeber diese im römischen Rechte feststehende Grundauffassung der Gewährleistung wegen Sachmängel, nach welcher ein Unterschied zwischen den Erfüllungsverpflichtungen des Verkäufers einerseits und seiner Haftung für die physische Beschaffenheit der Kaufsache, der Gewährleistungspflicht an-

---

[1]) Siehe oben S. II.
[2]) a. a. O. § 167 II.
[3]) a. a. O.

dererseits besteht, stillschweigend als weiter geltend ansah und deshalb einen besonderen Hinweis darauf nicht für notwendig hielt.

Jedenfalls würde, wenn er eine von dieser Auffassung abweichende Ansicht gehabt hätte, dies irgendwo Erwähnung finden müssen, insbesondere auch, wenn er, wie Eccius[1]) meint, die Bestimmungen des Preussischen Allgemeinen Landrechts Titel I, 5 § 317, dass die Leistung der Gewähr zur Erfüllung des Vertrages gehören, hätte übertragen wollen.

Im Gegenteil, es finden sich Stellen in den Motiven wie z. B. bei der Behandlung des Werkvertrages Bd. II. S. 478 ff., welche die Mängelgewähr beim Kauf zu den allgemeinen Folgen der Nichterfüllung in Gegensatz stellen.

Ergibt sich schon aus dieser historischen Betrachtung der Unterschied zwischen der Erfüllungspflicht und der Gewährleistungspflicht, so gelangt man auch auf anderem Wege zu demselben Resultate.

Beide Pflichten haben zwar viele Aehnlichkeiten: sie haben beide ihre Grundlage in dem Kaufvertrage, und stehen und fallen mit ihm, so dass wenn er nichtig ist, auch sie nicht bestehen, wenn er gültig ist, beide mit dem Vertragsschluss entstehen[2]). Und dennoch sind sie scharf von einander zu scheiden.

Die Erfüllungspflicht ist gemäss § 326 Abs. 1 die Verpflichtung des Schuldners, die geschuldete Leistung in Schuldtilgungsabsicht zu bewirken[3]). Der Schuldner, in unserem Falle also der Verkäufer, hat demnach die Kaufsache so zu leisten, wie sie geschuldet ist.

Die Gewährleistungspflicht ist die Pflicht des Verkäufers für die Freiheit von Sachmängeln gewisser Art und für das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften einzustehen[4]).

Aber zur Erfüllungspflicht gehört es beim Spezieskauf nicht, die Kaufsache frei von solchen Fehlern zu liefern.

Der Verkäufer hat die Kaufsache so zu leisten, wie sie geschuldet wird. Dass sie aber deshalb in jedem Falle im mangelfreien Zustande geschuldet wird, kann nicht anerkannt werden. Dies ergibt sich zunächst aus dem Kaufvertrage selbst.

---

[1]) a. a. O. S. 306.

[2]) Dies ist bestritten, siehe unten S. 29.

[3]) Die Absicht geht zwar aus dem zitierten § nicht hervor, ist jedoch allgemein anerkannt. Vgl. Dernburg § 113, 1.

[4]) S. Schollmeyer S. 93.

Der Kaufvertrag ist dann abgeschlossen, wenn die Vertragschliessenden sich über den Kaufgegenstand und den Preis einig geworden sind. Es müssen soweit beide Contrahenten ihre Gedanken auf eine ganz bestimmte Sache concentrirt und den Willen haben, gerade diese Sache, so wie sie in diesem Augenblicke körperlich in concreto erfassen, zu übereignen[1]).

Ist daher die Kaufsache in diesem Momente mit Fehlern behaftet, so sind diese, — falls nicht ausdrückliche Vereinbarungen dem entgegenstehen, — mögen sie verborgen oder offensichtlich, erheblich oder unerheblich, reparabel oder irreparabel sein, von dem Uebereignungswillen der Parteien mit betroffen. Einen stillschweigenden Willen der Parteien, fehlerfrei zu kaufen und zu verkaufen, vorauszusetzen, ist deshalb nicht angängig, weil auch hierüber eine, wenn auch stillschweigende Willens e i n i g u n g beider Parteien erforderlich wäre, ein solches Zugeständnis aber seitens des Verkäufers mit Rücksicht auf sein Interesse im Zweifel nicht anzunehmen ist. Der einseitige, nicht zum Ausdruck gekommene Vorbehalt des Käufers darüber aber, kann, sofern er überhaupt vorhanden sein sollte, eine Rechtswirkung nicht ausüben (§ 116).

Daher genügt der Verkäufer seiner Erfüllungspflicht, wenn er die Kaufsache in dem Zustande liefert, in welchem sie sich zur Zeit des Vertragschlusses befand, also auch mit den ihr zu diesem Zeitpunkte anhaltenden Fehlern. So wie die Sache beim Kaufabschluss war, muss sie geliefert werden, es gehört somit nicht zur Leistungspflicht des Verkäufers, sie frei von den damals vorhanden gewesenen Fehlern zu liefern.

Für diese Ansicht spricht ferner folgender Umstand:

Bei Regelung des Werkvertrages hat das Gesetz, anders wie beim Kauf, dem Unternehmer auferlegt, das Werk so herzustellen, dass es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern (§§ 633, 634).

Kann der Unternehmer diese Vertragspflicht nicht erfüllen, so kann der Besteller die Beseitigung der Mangels verlangen.

Wäre nun beim Kauf ebenso wie bei dem Werkvertrage die mangelfreie Lieferung eine Vertragspflicht, so wäre eine gleiche Vorschrift über das Recht des Käufers auf Nachbesserung nicht nur am Platze, sondern notwendig. Der Gesetzgeber hat dieses Recht des Käufers aber nicht statuiert.

---

[1]) Aehnlich Crome § 220, 2.

ohne sich über die Gründe irgend wie auszusprechen. Warum? Die Gegner unserer Ansicht können sich diese völlig unbegründete abweichende Behandlung des Käufers nicht erklären und begnügen sich mit der lakonischen Bemerkung: „weil man offenbar dem Käufer ein Recht auf Nachbesserung nicht geben wollte“[1]). Von ihrem Standpunkte können sie auch die einzig richtige Antwort auf diese Frage nicht geben, und doch liegt diese so nahe: weil der Gesetzgeber von dem Gedanken ausging, dass die Lieferung mangelfreier Speziessachen nicht zur vertragsmässigen Leistungspflicht des Käufers gehört[2]).

Ferner spricht noch folgendes Moment für die hier vertretene Ansicht. Gemäss § 463 kann der Käufer, wenn der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat, statt der Wandelung oder der Minderung Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Hieraus folgt aber, dass der letztere Anspruch für alle übrigen Haftungsfälle des § 459, bei denen es sich nicht um Arglist und um beim Kaufabschluss fehlende zugesicherte Eigenschaften handelt, — und diese Fälle sind recht zahlreich, — nicht anwendbar ist. Wenn nun die gegnerische Ansicht richtig wäre d. h. wenn die mangelhafte Lieferung bei Speziessachen s t e t s teilweise Nichterfüllung darstellte, so müsste auch für diese Fälle der Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung anwendbar sein. Dies ist aber nach der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift nicht der Fall. Diese Anomalie, wie Oertmann[3]) richtig bemerkt, verschwindet aber dann, wenn man ihre Voraussetzung, die gegnerische Ansicht, fallen lässt: Die Lieferung mangelhafter Speziessachen ist eben keine teilweise Nichterfüllung. Die Statuierung des Schadenersatzanspruches bei den Fällen des § 463 beruht allein auf der durch das Verhalten des Verkäufers — Zusicherung und Arglist — verschärften Haftung des letzteren[4]).

Nun will Endemann[5]) die gegnerische Ansicht dadurch stützen, dass er auf den Wortlaut des § 459 hinweist: daraus geht mit aller Klarheit hervor, dass die Freiheit von den kraft Gesetzes zu vertretenden Mängeln zur Erfüllungspflicht des

---

1) Emerich S. 70. Cosack S. 451 V.
2) Oertmann S. 24.
3) a. a. O.
4) Näheres über diesen Anspruch siehe unten S. 25 ff.
5) Bd. I. § 161 a 31.

Verkäufers gehöre. Er begründet dies damit, dass der Ausdruck „haftet" des angeführten Paragraphen in einem gewissen Gegensatz zu dem Ausdrucke „Gewährleistung wegen Mängel" in anderen Paragraphen, besonders in § 476, stehe und somit die Haftung als eine Leistungspflicht bezeichne.

Dem ist nicht beizutreten.

Der Ausdruck „haften" wird in den Motiven[1]) in gleichem Sinne, wie der Ausdruck „Gewährleistung wegen Mängel" gebraucht. Hätte der erstere im Gesetze eine besondere Bedeutung haben sollen, so würde sich aus den Verhandlungen der Kommissionen irgend eine Andeutung hierauf ergeben, mindestens aber in sorgfältigerer Wahl dieser Bezeichnungen einen Ausdruck gefunden haben. Gegen die Meinung Endemann's spricht auch der Umstand, dass der erste Entwurf in dem § 476 entsprechenden § 396 noch von einer „Haftung" des Veräusserers sprach und die Aenderung dieses Ausdrucks durch die zweite Kommission in einen solchen der Gewährleistung wegen Mängel nur aus technischen Rücksichten, nämlich im Anschluss an die Fassung des § 443 (§ 389 des ersteren Entwurfes) erfolgte[2]). Der Ausdruck „haften" hat aber im Gesetz keine bestimmte Bedeutung, er erhält diese erst durch die nachfolgenden Bestimmungen. Er kann daher an sich ebensogut auf die Gewährleistungspflicht, wie auf die Erfüllungspflicht bezogen werden[3]).

β **Die Zusicherung der Abwesenheit von Fehlern und Mängeln.**

Das bisherige Gesetz muss auch dann gelten, wenn eine Eigenschaft zugesichert wird, welche der Kaufsache zur Zeit des Kaufabschlusses fehlt, oder wenn die Mängelfreiheit besonders zugesichert wird.

In diesem Falle ist der Verkäufer, wie gesagt, zum Schadenersatz verpflichtet. Es fragt sich aber, ob mit der Zusicherung der Eigenschaft bezw. der Mängelfreiheit der Verkäufer auch die P f l i c h t übernommen hat, die Eigenschaft zu verschaffen, bezw. die Sache fehlerfrei zu liefern.

Da gemäss § 460 die Zusicherung der Mängelfreiheit derjenigen bezüglich des Vorhandenseins einer Eigenschaft gleichsteht, wird unsere Untersuchung über diese Frage sich zunächst und vorwiegend auf die letztere richten.

---

1) §§ 381/382.
2) So Schröder S. 3.
3) Oertmann S. 324 a. ββ

Die Meinungen über diese Frage gehen auseinander. Planck[1]) und Eccius[2]) lehren, dass es gesetzliche Pflicht des Verkäufers sei, die Sache mit der zugesicherten Eigenschaft zu liefern, Schollmeyer[3]) und Oertmann[4]) dagegen verneinen die Uebernahme einer solchen Erfüllungspflicht. Der letzteren Ansicht ist beizupflichten. Dies ergibt sich aus dem Wesen der Zusicherung selbst.

Das B. G. B. hat auch hier, ebenso wie bei den körperlichen Fehlern, es vermieden, eine Bestimmung dieses Begriffes zu geben. Es begnügt sich, in § 459 eine Haftung des Verkäufers für den Fall auszusprechen, dass der Sache bei Uebergang der Gefahr die „zugesicherten" Eigenschaften fehlen.

Wir sind also auch hier genötigt, der Entwickelung dieses Begriffs in der Wissenschaft und Praxis nachzugehen und ihn so zu ermitteln.

Das römische Recht machte einen Unterschied zwischen dicta et promissa: nur für die versprochenen Eigenschaften haftete der Verkäufer nach dem Civilrecht dem Käufer auf das Interesse, im übrigen hatte er nach dem Aedilenrecht nur eine Gewähr zu leisten[5]).

Dieser Unterschied muss entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes (§ 459 Abs. 2), welches nur von „zugesicherten" — promissa — Eigenschaften spricht, auch für das neue Recht gelten[6]). Danach bewirkt nicht jede beim Kaufabschluss vom Verkäufer gemachte Angabe über die Beschaffenheit und Eigenschaften der Kaufsache die Haftung des Verkäufers, wie z. B. die marktschreierischen Anpreisungen etc., sondern nur diejenigen, welche in rechtsverbindlicher Absicht abgegeben werden. Wann ist dies der Fall? Das Reichsgericht[7]) hat es wiederholt mit Recht ausgesprochen, dass die Erklärung eine „vertragsmässig" bindende sein muss, dass also über die Eigenschaft oder Abwesenheit des Fehlers zwischen den Parteien eine Abmachung getroffen sein muss. Es wird also ein Vertrag, eine Willensübereinstimmung der Parteien erfordert, wobei jedoch die Annahme der Zusicherung

1) Kommentar. A. 2a zu 459.
2) Bei Gruchot Bd. 43 S. 309.
3) S. 98.
4) S. 325.
5) Dernburg Pand. § 100.
6) Oertmann 366 dagegen Schröder S. 80.
7) R. E. Bd. 54 S. 223.

seitens des Käufers nicht ausdrücklich erklärt zu werden braucht[1]). Es fragt sich nun, welcher Sinn dieser Abmachung, die Willensübereinstimmung zu Grunde zu legen ist, worauf der übereinstimmende Wille der Parteien gerichtet ist. So viel ist sicher, dass er zum Gegenstand das Vorhandensein der Eigenschaft bezw. das Nichtvorhandensein des Fehlers bei Gefahrübergang hat. Zweifelhaft ist nur, ob der Wille der Parteien dahin geht, dass der Verkäufer die fehlende Eigenschaft bis dahin verschaffen bezw. den Fehler beseitigen soll.

Zu verneinen ist dies zunächst in den Fällen, in denen der Käufer positive Kenntnis von dem Mangel hat. Kauft er nämlich trotzdem die Sache ohne weiteres, so will er offenbar keinen Wert auf das Vorhandensein der Eigenschaft oder die Abwesenheit des Fehlers legen, er verzichtet auf alle ihm aus der mangelhaften Lieferung etwa entstehenden Rechte[2]).

Auszuscheiden sind ferner hier die Fälle, in denen die Parteien die Herstellung der Eigenschaft ausdrücklich oder stillschweigend[3]) besonders vereinbaren.

Eine solche Vereinbarung bildet in der Regel einen von dem Kaufvertrage völlig gesonderten selbständigen Vertrag, auf Grund dessen der Käufer nach den allgemeinen Regeln über zweiseitige Rechtsgeschäfte bezw. nach den speciellen Vorschriften z. B. des Werkvertrages einen Erfüllungsanspruch haben wird. Ich kaufe z. B. einen Wagen und vereinbare mit dem Wagenfabrikanten, dass er an demselben Klapptritte besonderer Konstruktion anbringt. Hier läuft neben dem Kaufvertrage ein selbstständiger Werklieferungsvertrag her, auf Grund dessen ich gegen den säumigen Hersteller vorgehen kann. Ein solcher Vertrag fällt aber ausserhalb des Kaufvertrages und kommt hier also nicht in Betracht[4]).

Anders ist es jedoch in den Fällen, in denen ohne Uebernahme der Herstellungspflicht eine zur Zeit des Kaufabschlusses fehlende Eigenschaft in der Weise zugesichert wird, dass sie bei Lieferung vorhanden sein werde. Ich kaufe z. B. einen Schreibtisch, dessen einzelne Schubfächer sich garnicht oder nur sehr schwer herausziehen und schliessen lassen. Der Möbelhändler beruhigt mich, er werde den Tisch in Ord-

---

[1]) R. E. in d. J. Ztg. 1903. S. 31.
[2]) Staudinger S. 81. Endemann I § 161. R. E. v. 24. VI. 1903.
[3]) Cosack § 117, I.
[4]) Ebenso Eccius b. Gr. 43; Motive II. § 226, Oertmann S. 370; Staudinger S. 97.

nung liefern. Hier kann man von einem selbständigen Vertrage, der auf die Herstellung der Gebrauchsfähigkeit der Schubfächer gerichtet wäre, also von einem Werkvertrage, aus dem auf Erfüllung geklagt werden könnte, garnicht reden. Es ist den Parteien garnicht eingefallen, hier ausserhalb des Kaufvertrages eine neue und selbständige Vereinbarung zu treffen, sie haben weder eine besondere Vergütung dafür vereinbart, noch ist der Preis für den Tisch irgendwie hierdurch beeinflusst worden.

Schollmeyer[1]) will in einem solchen Falle nur die allgemeinen Vorschriften über die Erfüllung gegenseitiger Verträge zur Anwendung gebracht wissen, weil weder die Vorschriften des Werkvertrages, noch diejenigen über Gewährleistung beim Kauf wegen der Kenntnis des Käufers von dem Mangel anwendbar seien. Dieser Ansicht kann ich mich nicht anschliessen. Gewiss liegt in einer solchen Zusicherung kein selbständiger auf die Herstellung der Gebrauchsfähigkeit gerichteter Nebenvertrag vor, und können hier die Bestimmungen über den Werkvertrag nicht Anwendung finden. Es liegt aber kein Grund vor, auf diesen unselbstständigen Bestandteil des Kaufvertrages nicht die hierfür geltenden besonderen Bestimmungen anzuwenden. § 460 steht dem nicht entgegen, da es gegen Treu und Glauben verstossen würde, wenn der Verkäufer sich auf die Kenntnis des Käufers von dem Mangel, welche doch die Voraussetzung seiner Zusicherung gewesen ist, hinterher, um den Folgen der letzteren zu entgehen, berufen wollte.

Man kann mit Eccius[2]) meinen, dass mit der Abgabe und Annahme der Zusicherung in Kenntnis des Mangels die Parteien die Anwendung des § 460 ausgeschlossen haben, — eine Abänderung der Gewährleistungsvorschriften, welche nach dem Gesetze gestattet ist.

Dieser Fall wird also genau so zu behandeln sein, wie alle diejenigen, bei denen das Fehlen der Eigenschaften z. Zt. des Vertragsschlusses unbekannt geblieben ist.

Welchen Sinn hat nun die Zusicherung in solchen Fällen?

In erster Linie müssen hier die Parteiabsichten ausschlaggebend sein, die man aus der Art und Weise der Zusicherung und den begleitenden Umständen ermitteln muss.

Dies wird nicht so einfach sein, da die Zusicherung oft

---

1) S. 119 ff.
2) Bei Gruchot Bd, 43 S. 310 ff.

scharf an der Grenze des selbständigen Herstellungsvertrages und der unselbständigen Zusicherung laufen wird. Wo aber trotz sorgfältiger Ermittelungen und Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles eine Uebernahme der Herstellungspflicht zweifelhaft bleibt, wird ein dahingehender übereinstimmender Wille der Parteien nicht anzunehmen sein. Zunächst nicht in allen denjenigen Fällen, wo der Mangel der Eigenschaft z. Zt. des Kaufes dem Käufer oder beiden Parteien unbekannt ist, denn es ginge zu weit, diesen einen Willen zu imputieren, der auf die Verschaffung einer Eigenschaft gerichtet wäre, deren Fehlen unter den Parteien nicht einmal feststeht, dann aber auch nicht in den Fällen, wo der Verkäufer zur Zeit des Kaufabschlusses fehlende Eigenschaften in Kenntnis des Mangels zusichert. Der Verkäufer weiss vielleicht, dass er die Zusicherung nicht halten kann; der Möbelhändler in dem Beispiel Seite 22 ist z. B. kein Tischler und betreibt auch nicht dieses Handwerk, er will sich zur Herstellung garnicht verpflichten, weil im Tischlergewerbe ein längerer Streik ausgebrochen ist. Die Zusicherung kann in diesem wie in den vorigen Fällen nichts anders als die Uebernahme einer Garantie für das Vorhandensein der Eigenschaft z. Zt. des Gefahrüberganges und das Versprechen sein, für alle Folgen einstehen zu wollen, wenn die Eigenschaft bei Gefahrübergang fehlen sollte. Dies besagen die Motive auch ausdrücklich[1]).

Ebenso wird die Zusicherung in den Fällen zu beurteilen sein, in denen es sich um die Abwesenheit von Fehlern handelt. Gewiss werden auch hier die Parteiabsichten und die Umstände in erster Linie darüber entscheiden, ob nicht vom Verkäufer die Pflicht zur Beseitigung derselben übernommen worden ist. Im Zweifel jedoch kann auch hier nur die Uebernahme einer Garantie für die Fehlerfreiheit sein, und zwar eine über die gewöhnliche Haftung für Fehler gesteigerte Garantie[2]). Dies ist bedeutsam, da der Käufer damit der besonderen, ihm sonst obliegenden Vorsicht enthoben wird und ihm ausser Wandelung und Minderung auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu Gebote steht.

Nun könnte als Gegenbeweis gegen die eben entwickelte Ansicht die Bestimmung des § 463 angeführt werden, nach

---

[1]) Motive S. 126, § 385. Vgl. auch Schollmeyer S. 9. Oertmann S. 325. A. M. R G. Bd. 47. S. 135.

[2]) Ebenso Motive S. 124. Schollmeyer a. a. O. Oertmann a. a. O. dagegen Endemann S. 988.

welcher dem Käufer unter bestimmten Voraussetzungen beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften statt Wandelung oder Minderung Schadenersatz wegen Nichterfüllung zugebilligt ist.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Ausdruck „Nichterfüllung" scheinbar gegen die hier vertretene Anschauung spricht, aber auch nur scheinbar. Dies ergibt sich aus der Betrachtung darüber, was dieser Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung überhaupt seinem Wesen nach ist.

Die Meinungen darüber sind geteilt.

Das Reichsgericht[1]) ist der Ansicht, der Käufer könne beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft die gelieferte Ware zurückweisen und Schadenersatz wegen der sich hieraus ergebenden Nichterfüllung des Vertrages schlechthin, also sein ganzes Erfüllungsinteresse von dem Verkäufer begehren, ohne dass dieses Recht an die Voraussetzung geknüpft wäre, dass der Käufer an der Ware in mangelhaftem Zustande kein Interesse habe.

Diese Ansicht des Reichsgerichts ist auch in der Doktrin zahlreich vertreten.

So meint Cosack[2]), der Schadenersatzanspruch gehe auf Erfüllung des vollen positiven, nicht blos des negativen Interesses, gerade wie wenn der Verkäufer die geschuldete Leistung garnicht geliefert hätte; — und ihm schliesst sich Staudinger[3]) an, welcher unter Berufung auf die obige Reichsgerichts-Entscheidung lehrt, dass der Käufer beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder arglistiger Verheimlichung eines Fehlers sich unbedingt auf den Standpunkt stellen könne, als habe der Verkäufer überhaupt nicht erfüllt, also den Vertrag als gänzlich unerfüllt behandeln und unter Zurückweisung der Kaufsache sein ganzes Erfüllungsinteresse d. h. Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages schlechthin begehren dürfe[4]).

Eine Begründung dieser Ansicht gibt nur das Reichsgericht in der zitierten Entscheidung: Die Richtigkeit seiner Auffassung ergebe sich insbesondere aus dem Wortlaute: „wegen Nichterfüllung; hätte das Gesetz den engeren Stand-

---

[1]) R. E. Bd. 52, S. 355.
[2]) I. § 127, IV 1, c. S. 443.
[3]) S. 89 a. E.
[4]) Vgl. auch Crome, Bd. II, § 222, II. Schröder S. 85.

punkt im Auge gehabt, so hätte es auch wohl einen beschränkteren Ausdruck gewählt, wie z. B. Schadenersatz wegen Mangelhaftigkeit der Sache oder dgl." Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 463 und 480 ergebe sich nicht, dass der Gesetzgeber die beschränktere Meinung unterlegen wollte.

Dieser Auffassung des Reichsgerichts ist Kipp[1]) in seiner trefflichen Abhandlung entgegengetreten und hat sie in allen Punkten, insbesondere auch aus der Entstehungsgeschichte der angezogenen Paragraphen völlig widerlegt. Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, die Gründe, welche Kipp seinen Ausführungen zu Grunde legt, hier näher zu erörtern; insoweit wird hier auf die zitierte Abhandlung verwiesen. Es mag genügen, das Resultat seiner Untersuchung hier mitzuteilen, dass nämlich unter dem Schadenersatze wegen Nichterfüllung nur Schadenersatz wegen des Mangels zu verstehen sei, der sich nur unter besonderen Umständen zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit gestaltet, nämlich dann, wenn der Käufer kein Interesse hat, die Sache nebst Schadenersatz wegen des Mangels für den Kaufpreis zu erhalten.

Dieser Ansicht Kipps hat sich dann auch die herrschende Meinung angeschlossen[2]). Hiernach kann mit dem Schadenersatz wegen Nichterfüllung der Käufer nur sein Interesse an dem Haben einer mangelfreien Sache ersetzt verlangen; er kann nur das gelten machen, dass der Kauf ihm gegenüber nur i n s o f e r n nicht erfüllt ist, als der Sache eine Eigenschaft fehlt, für deren Vorhandensein der Verkäufer einzustehen hat. Auch der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei arglistig verschwiegenen Fehlern ist kein solcher, welcher wegen Nichterfüllung der Erfüllungspflicht zu leisten ist. Treu und Glauben erfordern, dass der Verkäufer, welcher die Fehler kennt, diese dem Käufer nennt, soweit diese auf den Kaufwillen desselben vom Einfluss sein sollten. Das Gesetz legt ihm daher diese Verpflichtung auf und statuiert für den Fall böswilliger Versäumung dieser Verbindlichkeit die Schadenersatzpflicht, indem es also den arglistig verschwiegenen Mangel genau so behandelt, wie wenn dessen Abwesenheit zugesichert wäre[3]).

---

[1]) Verhandlungen des 27. Juristentages, Bd. I. S. 288.

[2]) Eccius b. Gr. 43, 335. Staub, Komm. z. H. G. B. 1900 a. 78, 80, zu § 377, Falkmann u. Mugdan, Bd. 4., S. 47. Schollmeyer S. 98 a. 1.

[3]) So Schollmeyer S. 98.

Ist dies der Fall, dann kann aber auch der Schadenersatzanspruch nicht in der Verschaffung der zugesicherten Eigenschaft bestehen, denn, wie Schollmeyer richtig bemerkt, der Zustand, welcher bestehen würde, wenn die Arglist oder die Zusicherung nicht abgegeben wäre, ist nicht das Vorhandensein der Eigenschaft beziehungsweise die Abwesenheit des Fehlers.

Der Wortlaut der §§ 463—480 spricht sonach nicht gegen unsere Auffassung.

### γ. Das Resultat und seine Folgen.

Das Ergebnis dieser Untersuchung geht also dahin, dass in der Zusicherung einer zur Zeit des Kaufabschlusses fehlenden Eigenschaft oder der Mängelfreiheit nicht die Verpflichtung zu ihrer Verschaffung bezw. Beseitigung, sondern die Uebernahme einer Garantie für ihre Anwesenheit bezw. Abwesenheit zur Zeit des Ueberganges der Gefahr und das Versprechen, für die Folgen des Fehlers einzustehen, zu erblicken ist. Dieses Resultat ist also das gleiche, welches wir bei der Untersuchung bezüglich der beim Kaufabschluss vorhandenen Fehler erhalten haben.

Der Verkäufer genügt seiner Erfüllungspflicht auch dann, wenn er die verkaufte Speziessache ohne die zugesicherten Eigenschaften, soweit sie zur Zeit des Kaufabschlusses gefehlt haben, liefert. In beiden Fällen hat der Verkäufer, sowohl nach dem Gesetz, wie auch im Zweifel nach dem Parteiwillen nur die Pflicht auf Lieferung der Kaufsache in dem Zustande, in dem sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses befunden hat. Der Verkäufer braucht also die Speziessache nicht frei von solchen Mängeln und Fehlern zu liefern, die zu diesem Zeitpunkte schon vorhanden gewesen sind. Er hat nur nach Massgabe des Gesetzes für diese einzustehen.

Folglich hat der Käufer, auch wenn diese Fehler behebbar und den Erfordernissen des § 459 entsprechen, oder wenn die verschaffbare fehlende Eigenschaft schuldhaft nicht verschafft wurde, nicht den Anspruch auf Beseitigung bezw. Verschaffung nebst Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung. Es liegt auch bei unbehebbaren Fehlern und nicht verschaffbaren zugesicherten Eigenschaften nicht ursprüngliche teilweise Unmöglichkeit vor. Der Vertrag ist also keineswegs nichtig. Der Verkäufer kommt auch nicht in Verzug, wenn er die verkaufte Speziessache ohne die zugesicherte Eigenschaft liefert.

Dagegen gerät der Käufer in Annahmeverzug, wenn er

die ihm ordnungsmässig angebotene derartig fehlerhafte Speziessache nicht annähme. Kurz, die Regeln über teilweise Unmöglichkeit der Leistung, teilweisen Verzug u. s. w. sind hier nicht anwendbar. Dem Käufer stehen nur die ädilizischen Rechtsmittel: Wandlung, Minderung und eventuell Schadenersatz wegen Nichterfüllung in dem angegebenen Umfange zu[1]).

In Konsequenz dieser Ansicht darf der Käufer die mangelhafte Ware auch nicht ablehnen. Es muss hier jedoch eine Einschränkung gemacht werden.

Gemäss § 478 kann der Käufer, wenn er den Mangel dem Verkäufer vor der Verjährung des Anspruchs auf Wandelung oder Minderung (477) angezeigt oder die Anzeige abgesandt hat, auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde. Diese Einrede des Käufers, welche gemeinhin Wandlungseinrede genannt wird, hat eine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung nicht gefunden, doch ist aus dem Wörtchen „auch" offenbar zu folgen, dass der Gesetzgeber diese Einrede schon vor der Verjährung, also neben der Wandlung oder der Minderung als ein selbständiges, auf der mangelhaften Leistung beruhendes Recht geltend machen kann. Ueber die juristische Natur dieser Einrede herrscht Streit. Es ist jedoch mit Planck[2]) anzunehmen, dass derselbe Tatbestand, nämlich die mangelhafte Leistung des Verkäufers dem Käufer neben dem Anspruch ein diesem gegenüber selbständiges Einrederecht verliehen hat, das durch Verjährung des ersteren, entgegen der allgemeinen Regel nicht getroffen und auch, weil es selbst kein Anspruch ist, nicht verjährbar ist[3]). Es fragt sich nun, ob er diese Einrede, auf welche er sich eigentlich nur dem Zahlungsanspruch des Verkäufers gegenüber berufen kann, auch dem Annahmeanspruch desselben entgegensetzen kann.

Für die Gegner unserer Ansicht von der Erfüllungspflicht des Verkäufers ist diese Frage bedeutungslos. Nach ihrer Auffassung ist ja die mangelhafte Lieferung keine Erfüllung, und kann daher der Käufer diese ohne weiteres zurückweisen. Ebenso hat auch das Reichsgericht[4]) jedoch nur beim Grundstückskaufe sich dahin ausgesprochen, dass der Käufer vor

---

[1]) Oertmann S. 224 ff. Schollmeyer S. 97 ff.
[2]) I. 368, 369.
[3]) So auch Oertmann S. 400. Vgl. daselbst die erschöpfende Zusammenstellung der streitigen Ansichten.
[4]) R. E. Bd. 53, S. 73.

der Uebergabe des Grundstücks das Recht der Erfüllungsverweigerung auf Grund des § 433, Abs. 1 habe, wenn der Mangel so erheblich wäre, dass der Käufer an dem Grundstücke kein Interesse mehr habe. Es ging bei dieser Entscheidung von der Erwägung aus, dass die Bestimmungen über die Wandlung, weil sie auf der Gewährleistungspflicht des Verkäufers beruhte, ihre gesetzliche Grundlage in der schon erfolgten Uebergabe des Grundstücks haben, vorher also nicht geltend gemacht werden können.

Diese Ansicht des Reichsgerichts dürfte nicht richtig sein. Ebensowenig wie die Meinung Dernburgs, welcher annimmt, dass die Gewährschaftsklagen dem Käufer erst, nachdem ihm die Sache soweit geleistet ist, dass die Gefahr auf ihn übergegangen ist, erwachsen[1]).

Wie wir schon oben[2]) angedeutet haben, können die Gewährleistungsansprüche, also auch die Wandlung und Minderung, schon mit dem Kaufabschluss geltend gemacht werden. Der § 459 will nur den Zeitpunkt bestimmen, in dem die Mängel vorhanden sein müssen, um überhaupt die Gewährschaftspflicht zu begründen, dagegen kann man durchaus nicht daraus entnehmen, dass dadurch auch der Zeitpunkt festgestellt werden soll, in dem frühestens die Ansprüche entstehen. Der Vertragsschluss ist die Grundlage der Gewährspflicht, und es liegt daher kein Grund vor, dem Käufer die Gewährleistungsansprüche nicht schon vor dem Gefahrübergange zu gewähren, wenn es z. B. feststeht, dass die Lieferung der Sache in fehlerfreiem Zustande überhaupt nicht möglich ist. Man kann dem Käufer nicht zumuten, in solchem Falle abzuwarten, bis der Kaufvertrag infolge eines von keiner Seite zu vertretenden Umstandes vor dem Gefahrübergange sich ganz oder teilweise auflöst. Diese Ansicht ist auch die heute herrschende Lehre geworden[3]).

Ist dies der Fall, dann kann aber auch die auf den Gewährleistungsvorschriften beruhende Einrede aus § 478 seit diesem Zeitpunkte vom Käufer vorgeschützt werden und zwar in den Fällen, wo die Lieferung noch nicht erfolgt ist, auch dem Abnahmeanspruch gegenüber. Dies letztere aber nur dann, wenn

---

1) Dernburg, § 185. I.
2) S. 17.
3) Crome II. § 222 a. 2. Eccius b. Gr. 43, S. 315. Schollmeyer S. 95. Schröder S. 38. Oertmann S. 365. Schöller b. Gr. Bd. 46, S. 15. Staudinger § 462, A. 3 g. Planck, A. 1. zu § 462.

der Käufer diese Einrede als Wandlungseinrede vorbringt. Denn bei der Minderung will er ja offenbar die Sache haben und nur den Preis herabsetzen, bei der Wandelung dagegen den Kauf rückgängig machen, also die Kaufsache nicht annehmen. Wollte man ihn in letzterem Falle zwingen, zunächst anzunehmen, dann zu wandeln, und auf Grund der Wandelung die Sache zurückzuerstatten, so hiesse das, dem Käufer unnötig viel Mühe machen, während er mittels der Wandelungseinrede viel eher zum Ziele gelangen kann.

Nichtsdestoweniger bleibt diese Einrede ihrem Wesen nach eine Gewährschaftseinrede und kann nicht etwa als eine exceptio non adimpleti contractus angesehen werden[1]).

Andere Ansprüche als die eben erörterten hat der Käufer bei der Lieferung von derartig mangelhaften Speziessachen nicht. Insbesondere steht ihm auch kein Schadensersatzanspruch wegen des durch die mangelhafte Lieferung ihm etwa entstandenen weiteren Schadens[2]). Dies schon aus dem Grunde nicht, weil hierzu eine schuldhafte Vertragsverletzung die Voraussetzung bildet, eine solche aber bei Lieferung von mangelhaften Speziessachen der besprochenen Art, wie gesagt, nicht anzunehmen ist[3]). Dem Käufer bleibt es aber selbstverständlich unbenommen, sich vertragsmässig gegen einen solchen Schaden besonders zu schützen, soweit nicht etwa den Verkäufer schon eine Schadenersatzpflicht aus einer unerlaubten Handlung trifft.

Erwähnt sei hier noch schliesslich eine mit unserer Auffassung von der Erfüllungspflicht des Verkäufers in Zusammenhang stehende Streitfrage über die Gültigkeit der bei Grundstückskäufen nicht formgerecht getroffenen Nebenabreden.

Aus dem Umstande, dass die Zusicherung einer Eigenschaft nicht die Uebernahme einer auf die Lieferung der Sache mit den zugesicherten Eigenschaften gerichtete Vertragspflicht sei, folgert nämlich Schollmeyer[4]), dass auch die beim Grundstückskauf nur mündlich abgegebene Nebenabrede

---

[1]) Oertmann S. 325. Crome S. 444.

[2]) Näheres hierüber siehe unten S. 42 ff.

[3]) Ebenso Müller im „Recht" 1902 S. 577, der beim Spezieskauf im Hinblick auf die Wortfassung des § 463 die Anwendung der allgemeinen Haftung aus § 276 für ausgeschlossen hält.

Dagegen Staudinger S. 68, weil dies zu groben Unbilligkeiten führen würde. Das Reichsgericht hat zu dieser Frage keine Stellung genommen, die Entscheidung Bd. 53 S. 202 betrifft nur einen Gattungskauf.

[4]) S. 99.

Gültigkeit habe. Dem kann ich mich nicht anschliessen. Wenn auch die Zusicherung keine Vertragspflicht zu ihrer Verschaffung statuiert, so bleibt sie immerhin ein, wenn auch nur nebensächlicher Bestandteil des Vertrages. Als solcher ist sie aber derselben Form unterworfen, wie das Hauptgeschäft selbst. Ist für dieses also gesetzlich eine bestimmte Form — gerichtliche oder notarielle Beurkundung — vorgeschrieben, dann muss auch sie in derselben Form abgegeben werden, sonst bleibt sie rechtlich unbeachtlich. So die herrschende Meinung[1]). Doch kann sie durch die nachträgliche Auflassung und Eintragung gültig werden, wenn zu diesem Zeitpunkte eine Willensübereinstimmung der Parteien hierüber noch vorhanden ist[2]).

Wenn Dernburg[3]) sie trotzdem aus Rücksichten auf Treu und Glauben gelten lassen will, so muss demgegenüber darauf hingewiesen werden, dass die Berufung auf Treu und Glauben gegenüber den gesetzlichen Formvorschriften versagt werden muss, weil sonst die letzteren jede Bedeutung verlieren müssten und ihren Zweck nicht erreichten.

Nur in Bezug auf die gewillkürte Form kann Dernburg insoweit beigestimmt werden, als sich aus den Umständen des Einzelfalles nichts anderes ergibt[4]).

### b. Der Genusskauf.

Geht die Vertragspflicht des Verkäufers nach dem bisher Gesagten nicht auf Lieferung einer mangelfreien Speziessache, so kann beim Gattungskauf dies nicht als richtig angesehen werden.

#### α. Der begriffliche Unterschied des Genuss- und des Spezieskaufs und seine Folgen.

Der begriffliche Unterschied der Speziessache von der nur der Gattung nach bestimmten besteht darin, dass bei der letzteren die Parteien ihren rechtsgeschäftlichen Willen nicht auf einen ganz bestimmten, in concreto erfassten Gegenstand richten, sondern nur durch Benennung der Art und Sorte einen Kreis von Sachen bezeichnen, aus welchem eine be-

---

1) Vgl. Eccius b. Gr. 43. S. 309. Oertmann S. 367. Schröder S. 81. Stahl S. 9. R. E. Bd. 52 S. 3.

2) Siehe die obige R. E.

3) § 184 III.

4) Schröder S. 80. Stahl S. 9. Vgl. auch R. E. Bd. 52, S. 25. Motive Bd. I S. 184.

stimmte Anzahl ausgeschieden und durch Lieferung zum Gegenstand der Leistung gemacht werden solle. Regelmässig wird die Gattungssache auch vertretbar im Sinne des § 91 sein, notwendig ist dies nicht[1]). Während also beim Spezieskauf von vornherein eine ganz bestimmte Sache geschuldet wird, ist beim Genusskauf dies erst dann der Fall, wenn die sogenannte Konkretisierung eingetreten ist, d. h. wenn der Verkäufer das zur Lieferung seinerseits Erforderliche vorgenommen hat.

Dieser begriffliche Unterschied und der Mangel jeglicher Quellenangaben über den dem römischen Recht unbekannten Genusskauf waren die Ursachen des gemeinrechtlichen Streits darüber, ob beim Gattungskauf ebenso wie beim Spezieskauf wegen Mangelhaftigkeit der Lieferung die ädilizischen Rechtsmittel anwendbar seien, oder ob die mangelhafte Lieferung überhaupt keine Erfüllung sei, so dass noch auf diese geklagt werden müsse[2]).

Mit Recht hat die herrschende Auffassung entgegen der Lehre Thöls und Windscheid's[3]) von der stillschweigenden Vereinbarung der Fehlerlosigkeit der Kaufsache, die Zulässigkeit der ädilizischen Rechtsmittel angenommen[4]), da nicht eingesehen werden kann, warum die bezüglich des Spezieskaufs bestehenden Regeln, wie sie in den Quellen enthalten sind[5]), nicht auf den gemeinrechtlich eingebürgerten Genusskauf mangels anderweitiger Bestimmungen analog angewendet werden sollten[6]), zumal die abweichende Behandlung des Genusskaufes damals der inneren rechtlichen Begründung entbehrt hätte.

Bemerkenswert ist hierbei aber, dass dieser Ansicht nach der Verkäufer an sich zur Lieferung mangelfreier Genusssachen verbunden war, und dass die ädilizischen Rechtsmittel nur wegen der nach erfolgter Lieferung entdeckter Fehler anwendbar waren, indem man von der juristischen Konstruktion ausging, dass nach erfolgter Lieferung die Sache so angesehen werden sollte, als ob über diese Speziessachen von vornherein contrahiert wäre[7]).

---

[1]) Vgl. Schröder S. 89. Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 243.
[2]) Siehe oben S. 14.
[3]) Siehe S. 15 ff.
[4]) Zweifelhaft blieb, ob diese Rechtsmittel allein oder neben ihnen auch die Erfüllungsklagen anwendbar seien, die herrschende Ansicht nahm das erstere an. Vgl. Oertmann S. 403.
[5]) Vgl. Windscheid-Kipp. A. 20 zu § 394.
[6]) Dernburg. P. A. 24 zu § 101.
[7]) Siehe S. 15.

Das B. G. B. hat diesem Zustande durch einschneidende Bestimmungen über den Gattungskauf ein Ende bereitet.

Es hat zunächst die gemeinrechtliche Streitfrage über die Anwendbarkeit der ädilizischen Rechtsmittel im Sinne der bisherigen überwiegenden Praxis und herrschenden Anschauungen in Gebieten des gemeinen, preussischen und französischen Rechts[1]), sowie im Anschluss an die Bestimmungen des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches §§ 900, 909 durch die Vorschrift des § 480 bejahend entschieden: es lässt die Gewährschaftsansprüche wahlweise neben dem Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache zu.

Leider lässt das Gesetz aber, ebenso wie beim Spezieskauf, die Frage offen, ob die Lieferung einer mangelhaften Ware vertragsmässige Leistung ist, oder nicht. Durch diese Lücke hat der gemeinrechtliche Streit wenn auch in anderer Form auch auf das neue Recht hinübergegriffen und eine Spaltung der Ansichten über die vorliegende Frage gezeitigt.

### 3. Die Leistungspflicht des Verkäufers einer mangelhaften Gattungssache unter Berücksichtigung des § 243 B. G. B.

Im Mittelpunkt dieses Streites steht diejenige Bestimmung des B. G. B., welche in Ermangelung näherer Parteiabreden die Beschaffenheit der Gattungssache vorschreibt, § 243 Abs. 1: „Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten".

Die eine Meinung will diese Bestimmung dahin verstanden wissen, dass jede Sache, die in irgend einer Beziehung unter dem Niveau dieser gesetzlich vorgeschriebenen Qualität zurückbleibt, keine dem Vertrage entsprechende sei, mag auch die Abweichung nur darin bestehen, dass die der mittleren Art und Güte sonst entsprechende Ware nicht der dieser Gattung zukommende Eigenschaften besitzt.

So lehrt Crome[2]) dass, da der Gattungskauf auf Leistung von Sachen mittlerer Art und Güte der betreffenden Gattung gehe, die Auffassung zu rechtfertigen sei, dass eine Lieferung mangelhafter Sachen keine Erfüllung sei.

Ihm schliesst sich Emerich[3]) an, welcher unter Berufung auf die vorstehende Vorschrift des § 243, lehrt, dass das An-

---

[1]) Motive S. 241.
[2]) § 220, 2 c.
[3]) S. 68.

gebot einer mit erheblichen Mängeln behafteten Sache kein Erfüllungsangebot sei, weil die Sache eine andere sei, als die geschuldete.

Aehnlich äussern sich Schöller[1]), Kisch[2]), Schröder[3]), Leonhard[4]) und Staudinger[5]).

Die andere Ansicht geht dahin, dass auf Grund der angeführten Bestimmungen der Verkäufer mit der Lieferung einer dem gesetzlichen Mass entsprechenden Ware seine Vertragspflichten erfülle, mag sie auch mit Fehlern behaftet sein.

So meint Dernburg[6]), dass, wenn eine der bedungenen nach Gattung und Art entsprechende, wenn auch fehlerhafte Sache geliefert und angenommen sei, keineswegs etwas anderes, als vereinbart, geliefert sei, vielmehr sei erfüllt, nur sei mangelhaft erfüllt.

Endemann[7]) folgert aus dem im Gesetz aufgestellten Grundsatze, dass die Leistung mangelhafter Gattungssachen nicht als Nichterfüllung behandelt würde; die mangelhafte Gattungssache gelte nicht als eine andere, nicht geschuldete. Mangelfrei seien in Ermangelung besonderer Abrede Sachen mittlerer Art und Güte.

Ihnen schliessen sich Staub[8]) und insbesondere in jüngster Zeit Schollmeyer in der oberen zitierten sehr scharfsinnigen Abhandlung an.

Auch das Reichsgericht[9]) hatte Gelegenheit gehabt, zu diesem Streite Stellung zu nehmen. Es scheint der ersteren Ansicht zu folgen, wenn es entscheidet, dass ein Fehler, welcher den Gebrauch und die Verkäuflichkeit der Ware beeinträchtigt, dieser die Eigenschaft, Handelsgut mittlerer Art und Güte zu sein, nimmt.

Unseren Dafürhaltens gibt jedoch weder die eine, noch die andere dieser Ansichten eine genügende Lösung der vorliegenden Frage.

Obwohl wir im Resultat mit der ersteren Auffassung, dass die Lieferung mangelhafter Gattungssachen keine Erfüllung ist,

---

1) b. Gr. 46 S. 23. A. 26
2) S. 193.
3) S. 89 ff.
4) S. 394.
5) a. a. O.
6) § 188, I.
7) § 161 a. 62.
8) Kom. z H. G. B. A. 37. zu 374 und A. 3 zu 377.
9) R. E. Bd. 47, S 135.

übereinstimmen, so kann doch der Begründung derselben nicht beigepflichtet werden.

Schon im gemeinen Recht ist die Auffassung, dass die fehlerhafte Gattungssache eine andere sei, als die konsentirte und ihre Lieferung mithin stets Nichterfüllung bedeute, von Dernburg widerlegt worden.

Seine Begründung, dass dies nur dann richtig wäre, wenn jeder Fehler die Sache ihrem Wesen nach zu einer anderen machte, wird auch heute trotz der Bestimmung des § 243 als stichhaltig anzusehen sein.

Dem widerspricht auch nicht die erwähnte Reichsgerichtsentscheidung, denn diese will nur besagen, dass es Fehler geben kann, deren Vorhandensein der Sache die Eigenschaft, von mittlerer Art und Güte zu sein, nimmt. Man darf aber hieraus nicht, wie es Emerich tut, den verallgemeinernden Schluss ziehen, dass dies jeder Fehler tun muss.

Ein Beispiel soll dies erläutern: A kauft aus einer Schuhwarenhandlung ein Paar fertiger Stiefel, ohne den Preis und die Gattung zu bestimmen. Es wurde ihm ein Paar Stiefel von mittlerer Ledersorte, von mittlerer Ausführung und mittlerer Preislage geliefert. Die Stiefel drücken aber in der Ferse. Hier lässt sich nicht behaupten, die Stiefel sind nicht von mittlerer Art und Güte, man kann nur sagen, die Stiefel genügen dem betreffenden Käufer nicht, obwohl sie von mittlerer Qualität sind.

Und solche Fälle, wo die gelieferte Sache von mittlerer Beschaffenheit bleibt, obwohl sie einen wert- oder tauglichkeitmindernden Fehler hat, sind zahlreich. Die Meinung, dass jeder Fehler der Gattungssache die Eigenschaft von mittlerer Qualität zu sein, nimmt, ist daher unhaltbar.

Die Vorschrift des § 243 hat eben nur den Sinn, dass, wenn die Parteien die zu kaufende Sache nur der Gattung nach bestimmt, dabei aber versäumt haben, über die Sorte u. s. w. nähere Bestimmung zu treffen, Sachen von mittlerer Sorte, geliefert werden sollen; sie hat nicht den Zweck, einen Massstab dafür abzugeben, ob die Lieferung mangelhafter Kaufsachen Erfüllung oder nicht Erfüllung ist.

Insofern ist den Ausführungen Schollmeyers beizupflichten[1]).

---

[1]) So auch Oertmann S. 340.

γ. Die Leistungspflicht des Verkäufers einer mangelhaften Genusssache im Lichte des § 480 B. G. B.

Gegen seine Ansicht und diejenigen Dernburgs und Staubs spricht aber, wie Oertmann treffend ausführt, eine andere Bestimmung des B. G. B., die um so mehr ins Gewicht fällt, als sie in den besonderen Vorschriften über die Gewährleistung bei Mängeln der Kaufsache enthalten ist. Diese Bestimmung, welche die Lösung unser Frage enthält, ist § 480 S. 1.

Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt Wandelung oder der Minderung verlangen, dass ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird.

Durch diese Vorschrift wird somit dem Käufer ein Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache an Stelle der mangelhaften verliehen.

Worin besteht das Wesen dieses Anspruchs? Seine begriffliche Voraussetzung ist, dass der Käufer die Lieferung einer mangelhaften Sache zurückweist bezw. die letztere zurückerstattet. Der Käufer ist somit in der Lage eine solche Lieferung als Nichterfüllung zu behandeln. Der Anspruch bezweckt mithin eine anderweitige Erfüllung, er ist ein Erfüllungsanspruch.

Dieser Auffassung von dem Wesen dieses Anspruchs geben die Motive S. 242 auch in klaren Worten Ausdruck: „Mit Geltendmachung des Rechtes auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache fordert der Gläubiger die Erfüllung des Vertrages".

Ebenso wird in der Doktrin der Anspruch fast allgemein als Erfüllungsanspruch anerkannt[1]).

Auch das Reichsgericht[2]) hat sich der herrschenden Ansicht angeschlossen, wenn es entscheidet: „Für die Annahme, dass der Gesetzgeber alle Ansprüche aus der Lieferung einer mangelhaften Sache ausschliesslich der kurzen Verjährung des § 477 unterstellen wollte, spricht auch § 480 Abs. 1, wonach der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache, der an sich ein Anspruch auf Vertragserfüllung ist und deshalb der Verjährung von 30 Jahren unterliegt, gleichfalls dem § 477 unterstellt ist.

---

[1]) Dernburg § 188. II. Crome § 222 III. Oertmann § 480, Staudinger S 122. Schröder S. 90.

[2]) R. E. 53, S. 203; Vgl. auch Bd. 47, S. 135; Bd. 52, S. 352; Bd. 53, S. 91.

Diese Ansicht von dem Wesen des Nachlieferungsanspruchs bekämpft Schollmeyer[1]), indem er den letzteren als einen Gewährleistungsanspruch darzustellen sucht.

Er weist zunächst darauf hin, dass mit diesem Anspruche dem Käufer gleichzeitig Wandelung und Minderung zur Wahl gestellt würden, und diese letzteren bei Gattungsschulden begrifflich zur Voraussetzung hätten, dass der Schuldner seinerseits das zur Erfüllung Erforderliche getan habe. Er deduziert, dass, wenn der Nachlieferungsanspruch ein Erfüllungsanspruch wäre, das Gesetz einen doppelten Standpunkt einnehmen würde, einmal den der eingetretenen Erfüllung, der sich in der Zulassung von Wandelung und Minderung, — sowie dem Schadenersatze wegen Nichterfüllung äussern würde, — und ferner den der gänzlichen Nichterfüllung, der in dem Recht auf Lieferung einer fehlerlosen Sache zu Tage träte.

Demgegenüber muss darauf hingewiesen werden, dass der Gesetzgeber, wie die Motive[2]) ausdrücklich besagen, bei Aufstellung dieses Anspruchs von der Anschauung ausgegangen ist, dass der Verkäufer durch die Leistung einer mangelhaften Sache seiner Pflicht zur Leistung einer mangelfreien Sache noch nicht genügt habe und deshalb bei der Vertretbarkeit der Gattungssache eine richtige Leistung der mangelhaften substituieren müsse. Wenn das Gesetz neben dem Nachlieferungsanspruche dem Käufer auch die Gewährleistungsansprüche gewährt, so ändert dies nichts an dem besagten Standpunkte des Gesetzgebers: nicht das Gesetz erkennt damit die Lieferung der mangelhaften Sache als Erfüllung an, sondern der Käufer kann sich auf diesen Standpunkt stellen, wenn ihm damit besser gedient ist, als mit der Geltendmachung der Nichterfüllung. Nur um die Lage des Käufers besonders günstig zu gestalten, ist dieses Wahlrecht, wie die Motive[3]) sagen, für ihn statuiert worden[4]).

Obwohl der Nachlieferungsanspruch ein Erfüllungsanspruch ist, hat der Gesetzgeber ihm wie einen Gewährleistungsanspruch ausgestaltet, indem das Gesetz in § 480 Abs. 1 Satz 2 auf ihn die meisten der für die Wandelung geltenden Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärt.

---

[1]) a. a. O.
[2]) S. 242.
[3]) S. 242.
[4]) Ebenso Oertmann S. 404.

Hieraus und insbesondere aus der Vorschrift, dass der Nachlieferungsanspruch der gleichen kurzen Verjährung unterworfen ist, wie die Gewährleistungsansprüche, schliesst Schollmeyer und seine Anhänger[1]), dass besagter Anspruch doch ein Gewährleistungsanspruch ist.

Auch diese Argumentation erscheint mir nicht als richtig. Dies ergibt sich zunächst aus der Betrachtung über den Grund der Gleichstellung des Nachlieferungsanspruchs mit der Wandelung.

Trotz ihrer Verschiedenheit im Wesen: mit der letzteren wird Rückgängigmachung des Kaufes gefordert, mit der ersteren Erfüllung, haben beide Ansprüche nämlich eine grosse Aehnlichkeit. Das Verlangen der Lieferung einer mangelfreien Sache unter Zurückweisung der mangelhaften bedeutet nämlich praktisch auch eine Rückgängigmachung des Kaufs in Bezug auf die mangelhafte Sache insofern nämlich, als die vom Verkäufer zur Erfüllung des Kaufvertrages angebotene Leistung rückgängig gemacht werden soll, gewissermassen also auch hier eine Wandelung gegen eine andere Sache vorliegt[2]). Daher sagen die Motive[3]) auch: „Die Gleichstellung rechtfertigt sich bei wesentlicher Gleichheit der in Betracht kommenden Verhältnisse durch die Natur der Sache".

Dies hat auch im Gesetze genügenden Ausdruck gefunden, indem dieses eine entsprechende Anwendung der für die Wandelung geltenden Bestimmungen auf den Nachlieferungsanspruch vorschreibt.

Das Wesen des letzteren als Erfüllungsanspruch wird durch die entsprechende Anwendung dieser Bestimmungen nicht berührt, insbesondere auch nicht durch seine Unterwerfung unter die kurze Verjährung.

Da aber gerade dieser letztere Umstand als Gegenbeweis gegen die hier vertretene Ansicht ins Feld geführt wird[4]), soll darauf noch besonders eingegangen werden. Abgesehen von der obigen Begründung der Unterwerfung des Nachlieferungsanspruches unter die für die Wandelung geltenden Bestimmungen geben die Motive[5]) gerade über die kurze Verjährung des Nachlieferungsanspruches eine ausreichende Erklärung. Danach ging der Gesetzgeber von dem Gedanken

---

[1]) Emerich a. a. O. Endemann a. a. O.
[2]) Staudinger S. 123.
[3]) S. 242.
[4]) Schollmeyer a. a. O.
[5]) S. 238.

aus, dass alle Ansprüche aus der Lieferung einer mangelhaften Sache ausschliesslich der kurzen Verjährung unterstellt werden müssen, weil die Ermittelung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Zeit, — z. B. bei dem Nachlieferungsanspruch innerhalb 30 Jahren — kaum ausführbar und für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit im höchsten Grade lästig und hemmend wäre. In diesem Sinne hat sich auch das Reichsgericht ausgesprochen[1]). Also keine anderen als Zweckmässigkeitsrücksichten haben die Unterwerfung dieses Anspruchs unter die kurze Verjährung veranlasst.

Auch weist Oertmann[2]) mit Recht darauf hin, dass die kurze Verjährung des § 477 verhindern solle, dass der Käufer dem Verkäufer nicht ungebührlich lange über seine Entscheidung im Unklaren lässt; dass sie ein notwendiges Korrelat zu der dem Käufer zugebilligten Wahlmöglichkeit ist, da ohne sie der Lieferungsanspruch nicht nur wahlweise neben, sondern zugleich als immer verbleibende Aushilfe hinter den Gewährschaftsansprüchen stände.

### δ. Das Resultat und seine Folgen.

Ist somit nach dem Gesagten der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache ein Anspruch auf Erfüllung des Vertrages, so ist eine begriffliche Voraussetzung, dass die Lieferung mangelhafter Gattungssachen keine Erfüllung ist. Der Verkäufer muss daher die Gattungssachen, wenn er erfüllen will, frei von Mängeln und Fehlern liefern.

Tut der Verkäufer dies nicht, so kann der Käufer, abgesehen zunächst vom Schadenersatz, nicht nur unter Zurückweisung der mangelhaften Sache eine mangelfreie verlangen, sondern, — und das ist das Eigenartige beim Genusskauf — statt dessen auch die ädilizischen Rechtsmittel anwenden. Käufer kann somit auch beim Genusskauf nach seiner Wahl Wandelung oder Minderung geltend machen. Denn die Rechtslage kann, ebenso wie es im gemeinen Recht geschah[3]), so angesehen werden, als ob durch die, wenn schon mangelhafte Lieferung eine Konzentration der generisch bestimmten Ware auf die gelieferte Spezies eingetreten wäre[4]).

---

[1]) R. E Bd. 53, S. 203.
[2]) S. 404.
[3]) Siehe oben S. 15.
[4]) Oertmann § 480.

Der Käufer hat freie Wahl zwischen der Wandelung und Minderung einerseits und dem Nachlieferungsanspruch andererseits. Hat er sich aber für das eine entschieden, dann ist die Geltendmachung des anderen ausgeschlossen, denn er kann nur „statt" jenes dieses Verlangen stellen. Das Gesetz stellt den Käufer also vor die Alternative, die mangelhafte Lieferung entweder als Erfüllung oder als Nichterfüllung zu behandeln, und zwar in jedem Falle ganz oder garnicht[1]).

Stellt er sich auf den Standpunkt der Nichterfüllung, behandelt er also die Ware als nicht vertragsmässig, dann braucht er sie nicht anzunehmen oder er muss, wenn er sie erhalten hat, zurückerstatten. In Annahmeverzug kommt der Käufer hierdurch nicht. Die Rechtslage ist in diesem Falle so, als ob der Verkäufer überhaupt noch nicht geliefert hätte. Solange der Käufer die Ware nicht angenommen hat, müssen ihm also auch alle Rechte aus der Nichterfüllung des gegenseitigen Vertrages gemäss § 320 ff. zustehen[2]).

Ebenso verhält es sich, wenn die Nachlieferung aus irgend einem Grunde unmöglich wird. Dies wird bei der Gattungssache wegen der Vertretbarkeit in der Regel nicht der Fall sein, doch sind auch Fälle denkbar, wo die Nachlieferung ausgeschlossen ist, z. B. bei der sogenannten begrenzten Gattungsschuld[3]), wonach der Schuldner die zu leistenden Sachen aus einer objektiv umgrenzten Menge von Gattungssachen ausscheiden soll[4]).

Es kauft jemand beispielsweise eine Quantität Wein aus einem bestimmten Fasse des Weinhändlers, aus dem er schon Wein zu seiner besonderen Zufriedenheit gehabt hat. Der Wein in dem Fasse ist unterdessen schlecht geworden. Hier ist Nachlieferung von Wein aus demselben Fasse unmöglich. — Eine besondere Streitfrage ist, ob Verzug vorliegt, wenn der Käufer eine mangelhafte Lieferung ablehnt und eine mangelfreie verlangt, der Verkäufer diesem Verlangen nicht oder nicht rechtzeitig nachkommt.

Staub[5]) verneint diese Frage, weil nach seiner Ansicht die Lieferung mangelhafter Gattungssachen immerhin Erfüllung ist.

---

[1]) Oertmann a. a. O.
[2]) Ebenso Staudinger S. 122.
[3]) Siehe Näheres unten S. 61 ff.
[4]) Endemann S 1001 § 161a f.
[5]) a. 37 Exkurs zu § 374 und A. 3 zu 377. Vgl. auch Dernburg in d. J. Z. 1903. S. 1 ff.

Im Gegensatz hierzu hat das Reichsgericht[1]) mit Recht dahin entschieden, dass beim Gattungskaufe der Käufer, welcher behauptet, die gelieferte, noch nicht angenommene Ware sei wegen Fehlens zugesagter Eigenschaften vertragswidrig, die Ware als Nichterfüllung zurückweisen darf. Hieraus folgt aber auch, dass, wenn die Zurückweisung der Ware wegen Vertragswidrigkeit berechtigt ist, der Verkäufer, soweit nur die sonstigen Voraussetzungen des Verzuges vorhanden waren, im Leistungsverzug blieb, und dem Käufer daher die ihm hieraus entsprechenden Rechte zustehen[2]).

Behandelt der Käufer die mangelhafte Lieferung als Erfüllung, dann kann er dies, wie gesagt, nur voll und ganz tun: er ist dann nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift auf die Gewährschaftsansprüche beschränkt. Er kann daher weder Nachbesserung verlangen, wenn der Mangel zu beseitigen ist, noch auch darüber hinaus Ansprüche wegen teilweiser Nichterfüllung geltend machen, da sonst die beschränkte Vorschrift des Absatzes 2 § 480 keinen Sinn hätte[3]).

Neben den bisher besprochenen drei Rechtsbehelfen: Nachlieferungsanspruch, Wandelung und Minderung, hat der Käufer nach seiner Wahl einen Schadenersatzanspruch nach Massgabe des § 463, dann nämlich, wenn der Sache eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat. Dieser Anspruch ist als Gewährleistungsanspruch von einem Verschulden des Verkäufers unabhängig. Während aber in § 463 für den Spezieskauf der massgebende Zeitpunkt für das Vorhandensein des Fehlers auf den Kaufabschluss verlegt ist, muss beim Genusskauf der Mangel z. Zt. des Gefahrüberganges vorhanden sein. Diese Besonderheit erklären die Motive[4]) damit, dass bei dem Vertrage über eine Gattungssache die Bestimmung des zu leistenden Stückes nicht mit Schliessung des Vertrages, sondern mit dem Uebergange der Gefahr zusammenfällt.

Der Käufer kann jedoch diesen Schadenersatzanspruch nicht neben den anderen Rechtsbehelfen, in der Weise geltend machen, dass er diese wählt und ausserdem den ersteren; vielmehr kann er sich nur für das eine oder das andere entschliessen; die Ersatzlieferung und der Schadenersatzanspruch

---

1) R. E. Bd. 54, 81.
2) Oertmann S. 409, Staudinger S. 122.
3) Oertmann a. a. O.
4) S. 243.

stehen ihm nur alternativ zu. Ueber den Inhalt und Umfang des letzteren ist schon oben gesprochen.

Aus dem alternativen Verhältnisse dieser Rechtsbehelfe ergibt sich im einzelnen folgendes: Wählt er Wandelung oder Minderung, so kann er Schadenersatz statt derselben nur in den Fällen geltend machen, wo eine Eigenschaft, die zugesichert wurde, fehlt, oder ein Fehler vom Verkäufer arglistig verschwiegen wurde. Weitere Ersatzansprüche stehen ihm dann nicht zu, da sonst die einschränkende Vorschrift des Absatzes 2 § 450, wie gesagt, unverständlich wäre.

Weist er die mangelhafte Sache zurück, und verlangt an ihrer Stelle die Lieferung einer mangelfreien, so steht ihm, falls ihm diese nicht geliefert wird, — ein Schadenersatzanspruch nach Massgabe der allgemeinen Vorschrift über Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages ohne weiteres zu. Die beschränkende Vorschrift des Absatzes 2 § 480 fällt hier hinweg, sie bezieht sich nur auf den Fall, dass der Käufer die Sache behält[1]).

Ob und inwieweit neben dem letzteren beschränkten Schadenersatzanspruche dem Käufer noch ein weiterer zusteht, falls ihm aus der mangelhaften Lieferung Nachteile entstanden sind, ist fraglich.

Das auf den Gewährleistungsvorschriften beruhende Recht des Käufers auf Schadenersatz bezieht sich nur auf die Fälle, in denen der Verkäufer durch Zusicherung einer Eigenschaft die Garantie für ihr Vorhandensein übernommen und auf diejenigen, in denen er durch arglistiges Verschweigen eines Fehlers einen Dolus begangen hat.

Die im täglichen Leben zahlreich vorkommenden Fälle dagegen, in denen dem Käufer, ohne dass die Zusicherung einer Eigenschaft oder arglistiges Verschweigen vorliegt, infolge der mangelhaften Lieferung ein Schaden entsteht, sind im Gesetz unberücksichtigt geblieben. Der Verkäufer hat z. B. (ohne Dolus) wurmstichige Aepfel dem Käufer geliefert, die den übrigen Aepfelvorrat des letzteren in Mitleidenschaft ziehen; oder der Käufer hat infolge der mangelhaften Lieferung seinen eigenen anderweitigen Lieferungsverpflichtungen nicht nachkommen können; oder dem Käufer sind in Folge polizeilicher Beschlagnahme der gelieferten, des vorgeschriebenen Fettgehalts entbehrenden Milch, Auslagen an Strafen und Kosten entstanden. In allen diesen Fällen hätte der Käufer nur das

---

[1]) Oertmann a. a. O.

Recht, den Kauf durch Wandelung rückgängig zu machen oder den Kaufpreis zu mindern, bei Gattungssachen, wenn noch möglich, die Lieferung einer anderen Ware zu verlangen. Ein Mittel aber, das ihm ermöglichte, den ihm durch die mangelhafte Lieferung entstandenen Schaden wieder zu ersetzen, gibt ihm das Gesetz nicht, jedenfalls nicht im ausreichenden Masse.

Denn da § 823 bei blosser Verletzung der Vertragspflichten nicht anwendbar ist[1]), so könnte er nur in den allerwenigsten Fällen, wo nämlich der Verkäufer ihm vorsätzlich den Schaden zugefügt hat, auf Grund des § 826 den Verkäufer für den Schaden haftbar machen. In allen übrigen, und zwar weitaus meisten Fällen wäre, abgesehen von den vereinzelten, in denen der Käufer Ersatz der Vertragskosten (§ 467[2]) und beim Viehkauf der Kosten für Wartung und Fütterung der Tiere verlangen kann (§ 488), der Käufer dem Verkäufer gegenüber, welcher die mangelhafte Lieferung verschuldet hat, nicht geschützt.

Hier ist eine Lücke im Gesetz, welche mit Rücksicht auf die Häufigkeit der genannten Fälle durchaus ausgefüllt werden muss.

Es fehlt auch nicht an Versuchen hierzu.

Bahnbrechend auf diesem Gebiete war Staub, welcher in seinem Kommentar zum H. G. B.[3]) für alle Fälle dieser Art, sowie diejenigen, in denen jemand tut, was er unterlassen soll, den Rechtsgrund der Schadenersatzpflicht in einem im Gesetz nicht ausgesprochenen, aber gleichwohl in ihm enthaltenen allgemeinen Rechtsgrundsatze gefunden hat des Inhalts, dass die Rechtsfolge der schuldhaften Verletzung einer bestehenden Verbindlichkeit in der Verpflichtung zum Schadenersatz besteht, sofern diese Rechtsfolge durch Gesetz nicht beseitigt ist.

Dieser Rechtsgrundsatz ist allgemein zur Anerkennung gekommen. Nur über seine Begründung herrscht Streit.

Staub, welcher anfänglich den § 276 als den Grund der Haftung bezeichnete, hat neuerdings[4]) die Geltung des Rechtsgrundsatzes im Wege der Analogie aus dem § 286 hergeleitet. Goldmann und Lilienthal[5]) verneinen das Bestehen eines solchen allgemeinen Rechtsgrundsatzes, sehen aber in der schuldhaften

---

[1]) Vgl. R. E. Bd. 53, S. 201.
[2]) Vgl. auch § 361, 347, 63, 994.
[3]) a. 11 zu § 347.
[4]) Die positiven Vertragsverletzungen.
[5]) Das B. G. B. systematisch dargestellt. 2. Aufl. Bd. I, S. 33.

Verletzung der Vertragspflicht eine Unmöglichkeit der Erfüllung und lassen den Verkäufer wegen Nichterfüllung gemäss § 280, Abs. 1 schadenersatzpflichtig werden.

Aenlich behandelt auch Schöller[1]) die schuldhafte Verletzung der Vertragspflicht als Unmöglichkeit der Erfüllung, indem er ausführt, dass durch jede Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht die Unterlassung d. h. bei mangelhafter Lieferung die auf ein „Anders leisten" gerichtete Unterlassung unmöglich werde.

Schliesslich sei noch eine dritte Ansicht erwähnt[2]), die dahin geht, dass die schuldhafte Verletzung der Vertragspflicht durch positives Tun ex contractu nur in den von dem B. G. B. ausdrücklich geregelten Fällen zum Schadenersatz verpflichtet, im übrigen aber nur ex delicto, dann nämlich, wenn der Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt ist.

Richtig ist, dass aus § 276 Abs. 1. Satz 1, wonach der Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, für sich allein das Bestehen des allgemeinen Rechtssatzes, dass der Schuldner zum Ersatze des hierdurch verursachten Schadens verpflichtet sei, nicht hergeleitet werden kann, und insoweit kann den angeführten Meinungen beigestimmt werden.

Gegen die Meinung Staubs, welcher sich auf die Haftung des Verzugsschuldners gemäss § 286 beruft, spricht jedoch schon der Umstand, dass nicht immer mit der positiven Vertragsverletzung ein Verzug oder ein diesem entsprechendes Verhalten verbunden ist. Wenn der Händler mir z. B. Schafe liefert, so hat er seine Leistungspflicht erfüllt, auch wenn dieselben an einer ansteckenden Krankheit leiden sollten. Von einem Leistungsverzuge kann hier keine Rede sein, wie oben ausgeführt wurde. Soll in diesem Falle der Verkäufer, weil er nicht im Verzuge ist, nicht ersatzpflichtig für den durch die kranken Tiere angerichteten Schaden sein? Schlägt somit diese Begründung nicht immer durch, so ist sie auch aus dem Grunde hinfällig, weil die durch die positive Vertragsverletzung verursachten Schäden durchaus nicht Verzugsfolgen sind. Gesetzt den Fall nämlich, dass in unserem Beispiel der Händler überhaupt nicht geliefert hätte und hierdurch in Verzug gekommen wäre, so wären auch durch die kranken Tiere keine weiteren Schäden entstanden, und doch liegt hier Verzug vor[3]).

---

[1]) Bei Gruchot, Bd. 46, S. 26.

[2]) Werner, Streitfragen aus dem Gebiete des Wandelungsrechts, das Recht 1902, S. 476 ff.

[3]) Oertmann S. 93.

Auch die Versuche, die im Gesetz vorhandene Lücke durch Anwendung der Bestimmungen über verschuldete teilweise Unmöglichkeit nach dem Vertragsschlusse (§ 280, 325) zu beseitigen, können nicht als gelungen angesehen werden.

Abgesehen davon, dass sie, wie Staub[1]) richtig bemerkt, schon auf den ersten Blick den Eindruck des Gekünstelten und Geschraubten machen, so widerspricht diese Ansicht auch dem Begriffe und der Natur der obligatorischen Verbindlichkeit nach dem B. G. B. Denn die letztere hat nicht eine Reihe auf Unterlassung gerichteter Unterverbindlichkeiten zum Leistungsgegenstande, sondern nur eine und zwar eine einheitliche Verbindlichkeit. Die Verletzung der Vertragspflicht ist daher nicht Verletzung der einzelnen auf Unterlassung gehenden Unterverbindlichkeiten, sondern die Verletzung dieser einen einheitlichen Verbindlichkeit. Ferner ist zu beachten, dass der Begriff der in §§ 280, 325 geregelten Unmöglichkeit eine weder durch seine Entwickelung im gemeinen Rechte noch durch seine Regelung im B. G. B. gerechtfertigte Ausdehnung erhalten würde, wenn jede schuldhafte Verletzung einer Verbindlichkeit zugleich eine teilweise verschuldete Unmöglichkeit gemäss § 280 oder 325 bilden würde[2]).

Es könnte demnach scheinen, als ob die Ansicht, dass die schuldhafte Verletzung der Vertragspflicht zum Schadenersatz ex contractu nur in dem vom B. G. B. ausdrücklich geregelten Fällen verpflichte, richtig wäre.

Dies kann aber nicht richtig sein, wenn anders nicht in den nicht geregelten zahlreichen Fällen der allgemeine gültige Grundsatz, dass, wer einen Schaden verschuldet hat, diesen auch ersetzen müsse, verletzt werden soll. Auch würde der einen allgemeinen Grundsatz aussprechende § 276 in diesem Falle eine Verantwortlichkeit normieren, ohne ihr einen Inhalt zu verleihen. Dies kann aber das Gesetz offenbar nicht gewollt haben[3]).

Vielmehr ist anzunehmen, dass das B. G. B. den Rechtssatz von der Schadenersatzpflicht bei schuldhafter Verletzung einer Vertragspflicht als selbstverständlich unterstellte und deshalb ihn ausdrücklich nicht aussprach, dass das Gesetz in einzelnen Fällen wie z. B. § 280 die Schadenersatzpflicht noch besonders normiert, spricht nicht gegen diese Annahme. Diese Fälle bilden nur die sogenannte Grenzfälle; sie sind nur in

---

1) Positive Vertragsverletzungen a. a. O.
2) Siehe hierzu Müller im Recht S. 543. Vgl. auch Oertmann a. a. O.
3) R. E. Bd. 52, S. 19, Bd. 53, S. 202. Dernburg d. J. Z. 1903. S. 1. ff.

der Absicht ausgesprochen, um die Grenzen des Unterganges der geschuldeten Leistung für den Fall schuldhafter Verletzung der Vertragspflicht festzulegen[1]). Sie sind ebenso wie die Bestimmungen des § 276 und 286 die Erkenntnisquellen des ausdrücklich nicht ausgesprochenen Princips[2]).

Ist sonach aus diesen Vorschriften und den in dem Buche über das Recht der Schuldenverhältnisse zerstreuten Einzelbestimmungen über die Schadenersatzpflicht bei schuldhafter Verletzung einer Verbindlichkeit das Bestehen des fraglichen Rechtssatzes zu erkennen, so gilt dieser natürlich nur insoweit, als nicht etwa Bestimmungen des Gesetzes der Anwendung dieses Rechtssatzes entgegenstehen.

Es fragt sich somit, ob nicht durch die Vorschrift über die Gewährleistung bei Mängeln der Kaufsache die Anwendung dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes neben der Wandelung oder Minderung ausgeschlossen ist.

Diese Frage hängt mit der allgemeinen zusammen, ob neben den Gewährleistungsvorschriften die allgemeinen Vorschriften anwendbar sind.

Dies ist, wie hier unter Hinweis auf die weiter unten folgende Erörterung[3]) kurz ausgeführt werden soll, zu bejahen.

Durch die Vorschriften des § 459 ff sind nur Bestimmungen über die Haftung für die gesetzlich vorgeschriebene und vertraglich besonders übernommene Gewährleistung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache *ohne Rücksicht auf die Schuldfrage* getroffen. Die weiteren Rechtsfolgen aber der auf *schuldhafter* Pflichtverletzung beruhenden mangelhaften Erfüllung sind dort nicht geregelt. Durch die Gewährleistungsvorschriften ist also zu der allgemeinen Haftung für ein Verschulden des Verkäufers eine fernere, von einem Verschulden unabhängige Haftung hinzugetreten. Da die letztere also auf einem anderen Grunde beruht, als die erstere, so schliessen sich beide nicht aus, sie stehen vielmehr nebeneinander[4]). Dies gilt jedoch nur insoweit, als nicht die besonderen Bestimmungen dem entgegenstehen; der oben gefundene allgemeine Rechtssatz gilt überall dort nicht, wo für ihn neben den Gewährleistungsvorschriften kein Raum mehr ist.

---

[1]) So Müller a. a. O.
[2]) Oertmann a. a. O.
[3]) S. Seite 49 ff.
[4]) Staub P. V. S. 67. R. E. Bd. 53, S. 202.

Beim Spezieskauf ist die Anwendung des Rechtsgrundsatzes schon um deswillen ausgeschlossen, weil nach den obigen Ausführungen in einer mangelhaften Lieferung überhaupt keine Vertragsverletzung, also erst recht nicht eine schuldhafte zu finden ist. Ja, selbst wenn man sich aber auf diesen Standpunkt nicht stellt, kommt man doch zu demselben Resultat. Das Gesetz statuiert im § 463 eine Schadenersatzpflicht wegen Sachmängel nur für den Fall, dass der verkauften Sache zur Zeit des Kaufabschlusses eine zugesicherte Eigenschaft fehle, oder dass der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat. Im übrigen hat der Käufer gemäss § 462 nur einen Wandelungs- oder Minderungsanspruch. Hieraus ist notwendigerweise zu folgern, dass das Gesetz einen weiteren Schadenersatzanspruch als in den vorbezeichneten Fällen dem Käufer einer Speziessache nicht zubilligen wollte: Der Käufer hat keinen vertraglichen Schadenersatzanspruch für ein Verschulden des Verkäufers vor und beim Kaufabschluss[1]).

Anders bei dem Genusskaufe.

Hier ist der Verkäufer, wie oben ausgeführt wurde, zur mangelfreien Lieferung verpflichtet, und bildet somit die Verletzung dieser Verbindlichkeit eine Vertragsverletzung. Es kann somit keinem Zweifel unterliegen, dass der Käufer, wenn er sich auf den Standpunkt stellt, es sei ihm überhaupt nicht geliefert, auf Grund des besagten allgemeinen Rechtsgrundsatzes Ersatz des durch die mangelhafte Lieferung verursachten Schadens verlangen kann, wenn der Verkäufer die mangelhafte Lieferung als schuldhafte Vertragsverletzung zu vertreten hat[2]).

Wie ist es aber, wenn der Käufer die mangelhafte Lieferung als Erfüllung behandelt? In diesem Falle kann er, wie wir oben S. 22 gesehen haben, dies nur ganz oder gar nicht tun, so dass es in erstem Falle auf Gewährleistungsansprüche beschränkt bleibt. Folgerichtig kann ihm im letzten Falle wegen der beschränkenden Vorschrift des § 480 Abs. 2 auch nicht ein Ersatzanspruch wegen schuldhafter Vertragsverletzung aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatze zugebilligt werden. Müller sagt, dass eine solche Auffassung weder im Gesetz noch in den Gesetzesmaterialien eine zureichende Stütze findet. Dem muss entgegengesetzt werden, dass ebensowenig sich im Gesetz und in den Materialien ein Anhalt für die gegenteilige

---

1) Oertmann 404. Vgl. auch die Abhandlung von Müller a. a. O. S. 578 ff.

2) Oertmann a. a. O. Müller a. a. O.

Meinung vorfindet. Für die hier vertretene Ansicht spricht dagegen der Wortlaut des Abs. 2., der nur in den dort bestimmten Fällen eine Schadenersatzpflicht des Verkäufers statuiert. Diese Bestimmung wäre, wie Müller auch selbst zugibt, höchst überflüssig, wenn die Gegenmeinung richtig sein sollte. Die Statuierung dieser Vorschrift als eine rein mechanische Uebernahme aus § 463 zu erklären, ist mit Rücksicht auf die sorgfältige Bearbeitung gerade dieser Materie im Gesetz nicht annehmbar.

## II. Hauptteil.

### Fehler und Mängel, die nach dem Kaufabschluß, aber vor dem Gefahrübergange, eintreten. Zusammentreffen der Gewährleistungsvorschriften mit den allgemeinen Bestimmungen des B. G. B.

Die im vorigen Teile der Arbeit gefundene Erfüllungspflicht des Verkäufers: die Speziessache, wenn nicht fehlerfrei, so doch in der Beschaffenheit, in welcher sie sich zur Zeit des Kaufabschlusses befunden hat, — die Gattungssache frei von Mängeln und Fehlern zu liefern, kann durch nachträgliche, aber vor dem Gefahrübergange sich einstellende Fehler oder durch das nachträgliche Hinwegfallen von zugesicherten Eigenschaften in Frage gestellt werden.

Der Einfluss dieser nachträglichen Mangelhaftigkeit der Kaufsache auf die Leistungspflicht des Verkäufers muss naturgemäss ein verschiedener sein, je nachdem die später eintretenden Mängel behebbar oder unbehebbar sind. Deshalb muss die Veränderung der Leistungspflicht nach diesen beiden Möglichkeiten hin untersucht werden, und zwar mit Rücksicht auf die oben dargelegte Verschiedenheit der Erfüllungspflicht sowohl bezüglich der Spezies- als auch der Gattungssache.

### 1. Unbehebbare Fehler und Mängel. Konkurrenz der Gewährleistungsvorschriften mit den allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit.

Beim Spezieskauf übernimmt der Verkäufer durch den Kaufabschluss die Verpflichtung, die Kaufsache in der zur Zeit des Kaufabschlusses bestehenden Beschaffenheit zu liefern.

Stellen sich daher nach diesem Zeitpunkte, aber vor dem Gefahrübergange Fehler ein, die nicht zu beseitigen sind, oder unwiederbringlich fort, so kann der Verkäufer dieser seiner vertragsmässige Verbindlichkeit nicht mehr genügen, es tritt teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung ein.

Entsprechen die besagten Mängel und Fehler den Erfordernissen des § 459, so muss der Verkäufer für dieselben zunächst gemäss der Bestimmung dieses Paragraphen: „Der Verkäufer haftet dafür, dass die Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist" u. s. w., in der Weise haften, dass der Käufer den Wandelungs- oder Minderungsanspruch gegen ihn geltend machen kann (§ 462). Da aber, wie gesagt in diesem Falle auch teilweise Unmöglichkeit vorliegt, so fragt sich, ob und inwieweit daneben auch die allgemeinen Vorschriften über die Unmöglichkeit §§ 323 ff zur Anwendung kommen.

### a. Kommen die allgemeinen Bestimmungen neben den Gewährleistungsvorschriften überhaupt in Betracht?

Die Frage, wie sich bei einem Mangel der erwähnten Art das Zusammentreffen der allgemeinen und besonderen Regeln gestaltet, ist in der Literatur des bürgerlichen Rechts viel umstritten.

Allgemein anerkannt wird, dass die Vorschriften über die Gewährleistung bei Sachmängeln gegenüber den allgemeinen Vorschriften des Gesetzes eine lex specialis sind, zweifelhaft ist nur ihre Ausschliesslichkeit.

Es ist nicht zu verkennen, dass das Verhältnis der beiden Gruppen von Normen nicht ohne weiteres dahin zu bestimmen ist, dass die Gewährleistungsvorschriften die allgemeinen ausschliessen. Dies könnte man nämlich nur dann, wenn das Nebeneinanderbestehen beider Normengruppen entweder durch ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes ausgeschlossen wäre, oder der vom Gesetz mit der Statuierung der Spezialvorschriften verfolgte Zweck beeinträchtigt würde.

Eine die Anwendung der allgemeinen Vorschriften ausschliessende Bestimmung ist aber in dem Gesetze nirgends vorhanden, auch ist aus den Materialien hierüber nichts zu ersehen. Es bleibt daher zu prüfen übrig, ob und inwieweit der den besonderen Regeln zu Grunde liegende Zweck die Anwendung beider Vorschriften zulässt[1]).

---

[1]) Vgl. Engelmann S. 16 und 26.

Worin besteht dieser Zweck?

Erstrebt wird mit beiden Normengruppen die möglichste Beseitigung der durch die unvollständige Leistung entstandenen Nachteile für den Gläubiger unter möglichster Schonung der Interessen des Schuldners[1]). Der Zweck der besonderen Regeln kann also nur der sein, die dahin zielenden Bestimmungen der allgemeinen Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung, soweit sie bei den eigenartigen Verhältnissen beim Kauf nicht zweckmässig erschienen, durch geeignetere Mittel zu ersetzen.

Hieraus gewinnen wir den Massstab für die Beurteilung des Verhältnisses beider Normengruppen: Lässt sich mit den besonderen Mitteln derselbe, auf die Beseitigung der Nachteile gerichtete Erfolg erreichen, wie mit den allgemeinen, so müssen die letzteren zurücktreten; sie sind vom Gesetz als weniger hierzu geeignet durch die Statuierung der besonderen Regeln beseitigt worden. Eine kumulative Anwendbarkeit beider Normenkomplexe ist somit ausgeschlossen[2]). Ist dies nicht der Fall, dann liegt kein Grund vor, von der Anwendung der allgemeinen Vorschriften abzusehen, denn es fehlt an jedem Anhalt im Gesetz und seinen Materialien, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, die Gewährsvorschriften als ausschliessliche aufzustellen.

Nun behaupten Titze[3]) und Eccius[4]) das Gegenteil. Nach ihrer Ansicht umfasst die Gewährleistungspflicht des B. G. B. alle auf Grund von Sachmängeln der veräusserten Sache geltend zu machenden Verbindlichkeiten. Es gebe keine von ihr losgelöste und dem allgemeinen Recht der schuldhaft versäumten Vertragspflichten unterstellte Entschädigungspflicht des Verkäufers wegen einer mangelhaften Leistung.

Diese Ansicht widerspricht einmal dem Grundgedanken des Gesetzes und führt dann auch zu unhaltbaren Ergebnissen.

In ersterer Hinsicht ist zu bemerken: durch den Kaufabschluss übernimmt der Verkäufer die Pflicht, die Kaufsache in der Beschaffenheit zu verschaffen, in der sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses befunden hat, bezw. beim Gattungskauf in mangelfreiem Zustande. Um dies zu können, muss er, bis zur Lieferung mindestens, alle auf diese Beschaffenheit der Sache nachteilig wirkenden Einflüsse von derselben fernhalten. Er muss also der Sache eine sachgemässe Behandlung und

---

[1]) Siehe oben S. 9.
[2]) Ebenso Oertmann S. 361.
[3]) Unmöglichkeit S. 277.
[4]) Bei Gruchot Bd. 43, S. 306. Vgl. auch Endemann § 161 a. 20.

Beaufsichtigung zuteil werden lassen, nötigenfalls auch Verbesserungs- und Schutzmassnahmen treffen[1]). Diese Pflicht ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, sie ist jedoch aus der Erfüllungspflicht des Verkäufers gemäss § 433 und dem Grundsatze des § 242, dass der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, zu entnehmen[2]).

Verletzt der Verkäufer diese von der Gewährleistungspflicht streng zu scheidende Vertragspflicht schuldhafterweise dadurch, dass die Sache nachträglich mangelhaft wird, so müssen die allgemeinen Vorschriften Platz greifen.

Dies ist zunächst im Wege des argumentum e contrario aus § 463 zu schliessen. Da dieser Paragraph nämlich nur die Haftung aus Arglist wegen eines zur Zeit des Kaufabschlusses vorhandenen Fehlers ausspricht, so ist daraus zu schliessen, dass eine Regelung der Haftung für Arglist oder Verschulden in der Zeit n a c h dem Vertragsschlusse deswegen nicht erfolgte, weil hier die allgemeinen Grundsätze eintreten sollen[3]).

Auch der Umstand, dass der Gesetzgeber im Gegensatz zu der ausführlichen Regelung des Wandelungs und Minderungsanspruches nur die Voraussetzungen des Schadenersatzanspruches, — Arglist und Zusicherung — regelt und über den Inhalt und Umfang desselben keine weiteren Vorschriften für erforderlich hält, gibt zu erkennen, dass insoweit auf die allgemeinen Grundsätze zurückgegangen werden soll[4]).

Schliesslich sei hier darauf hingewiesen, was oben Seite 23 ff. des Breiteren dargelegt ist, dass durch die Gewährleistungsvorschrift zu der allgemeinen Haftung für ein Verschulden des Verkäufers eine fernere von einem Verschulden des Verkäufers unabhängige Haftung hinzugetreten ist und dass daher die letztere, weil auf einem anderen Grunde beruhend, die erstere nicht ausschliesst, sondern neben ihr bestehen bleibt, wenn nicht etwa Bestimmungen des Gesetzes dem entgegenstehen[5]). Schollmeyer[6]) drückt dies so aus: „daraus, dass die Gewährvorschriften für unverschuldete Fehler aufgestellt sind, weshalb sie auch für verschuldete gelten müssen, ist

---

[1]) Ähnlich Schöller b. Gr. 46 Heft 1. S. 21. Vgl. auch Seufferts Archiv Bd. Nr. 54, No 17.

[2]) Örtmann S. 352, 361 und die dort verzeichnete Literatur.

[3]) Örtmann S. 362. Staudinger S. 68 Müller a. a. O. Schöller b. Gr. Bd. 46 Heft 1 S. 21.

[4]) Schöller a. a. O. S. 17.

[5]) R. E. Bd. 53, S. 202.

[6]) S. 105.

zu schliessen, dass bei verschuldeten Fehlern daneben die weitergehenden Vorschriften des allgemeinen Teils zur Anwendung gebracht werden sollen".

Das Gesetz kann demnach die Ausschliessung der den allgemeinen Regeln entsprechenden Rechte prinzipiell nicht gewollt haben[1]).

Dies bestätigen auch die Protokolle I. Lesung, wo in Seite 689 angenommen wird, dass Mängel, welche die Sache n a c h dem Vertragsschlusse treffen, der Verkäufer zu vertreten habe, wann und soweit ihm ein Verschulden zur Last fällt.

Unannehmbar erscheint die gegnerische Ansicht aber vor allem mit Rücksicht auf ihre Folgen.

Da das Gesetz bei Sachmängeln nur im Falle der Arglist und der Zusicherung von Eigenschaften einen Schadenersatz zubilligt, so könnte der Käufer nach dieser Ansicht, auch wegen der vom Verkäufer schuldhaft herbeigeführten Mängel stets nur Wandelung oder Minderung, niemals aber Schadenersatz verlangen[2]). Dies würde aber gegen den oben näher begründeten Grundsatz des Gesetzes verstossen, wonach derjenige, der einen Schaden verschuldet hat, auch verpflichtet ist denselben zu ersetzen. Der Verkäufer könnte also, ohne sich haftbar zu machen, vorsätzlich der Sache unerhebliche, den Käufer aber empfindlich schädigende Mängel, für die gemäss der Vorschrift des § 459 keine Haftung eintritt, zufügen und auch grössere, sofern sie nicht den Erfordernissen des genannten Paragraphen entsprechen. Ja, die äusserste Konsequenz dieser Ansicht müsste dazu führen, den Verkäufer für haftfrei zu erklären, wenn er der Sache nach Uebergang der Gefahr, also z. B. nachdem der Käufer in Annahmeverzug gekommen ist, vorsätzlich oder grob fahrlässig einen erheblichen Mangel beibringt, da die Gewährleistungsvorschriften nur für die z. Zt. des Gefahrüberganges bestehenden Mängel die Haftung statuieren, es sei denn, dass die deliktische Haftung aus § 826 Platz greifen würde[3]).

Die Unhaltbarkeit der gegnerischen Ansicht ergibt sich besonders beim Viehkauf[4]). Bei diesem haftet der Verkäufer nur wegen sog. Hauptmängel, die sich innerhalb der Gewährfristen zeigen, und zwar kann der Käufer deswegen nur Wandelung geltend machen. Der letztere könnte also, wenn die

---

[1]) So auch die herrschende Ansicht. Siehe S. 51.
[2]) Schöller bei Gruchot Bd. 46, Heft 1. S. 20.
[3]) Schollmeyer S. 105. Schöller a. a. S. 21.
[4]) Schöller bei Gruchot Bd. 46 S. 21.

gegnerische Ansicht richtig wäre, wegen solcher vom Verkäufer verschuldeter Mängel, die nicht Hauptmängel sind d. h. nicht unter die Kaiserliche Verordnung von 27. März 1898 fallen, selbst wenn sie noch so erheblich wären, den Verkäufer nicht haftbar machen. Offenbar kann der Gesetzgeber diese Folgerung nicht gewollt haben.

Kann man daher die Konkurrenz der allgemeinen Vorschriften mit den Gewährleistungsvorschriften nicht bestreiten, so darf man aber andererseits nicht, wie Kipp[1]) in den Fehler verfallen, die wahlweise Anwendung der beiden Normenkomplexe in vollem Umfange zuzulassen.

Aus dem oben entwickelten Zweck der besonderen Regeln beim Kauf ergibt sich, dass die allgemeinen Bestimmungen nur insoweit Anwendung finden können, als sie nicht entweder ausdrücklich oder durch Aufstellung von Bestimmungen zurückgedrängt sind, die den gleichen wirtschaftlichen Erfolg herbeiführen[2]).

### β. Die Haftung des Verkäufers beim Zusammentreffen der allgemeinen Bestimmungen mit den Gewährleistungsvorschriften.

Wie sich von diesem Gesichtspunkte aus im einzelnen die Haftung des Verkäufers beim Zusammentreffen beider Normenkomplexe gestaltet, soll die nachstehende Darstellung zeigen.

Ist bei der verkauften Spezies durch einen weder vom Verkäufer noch vom Käufer zu vertretenden Umstand z. B. durch Zufall ein unbehebbarer Mangel eingetreten, oder eine Eigenschaft unwiederbringlich nach dem Vertragschluss verloren gegangen, so müssen ausschlisslich die §§ 459 ff. Anwendung finden[3]).

Dies ergibt sich aus folgenden Betrachtungen.

Gemäss § 323 Abs. 1 der allgemeinen Vorschriften wird der Gläubiger von seiner Pflicht zur Bewirkung der Gegenleistung frei, wenn ein Mangel zufällig eintritt und die Erfüllung unmöglich macht. Bei teilweiser Unmöglichkeit[4]) mindert sich die Gegenleistung des Gläubigers entsprechend.

Den gleichen wirtschaftlichen Erfolg, Befreiung von der

---

[1]) Pandekten § 395 S. 700.

[2]) Oertmann 361. Schollmeyer 105.

[3]) Ebenso Oertmann S. 362. Kisch S. 195. Dagegen natürlich Kipp a. a. O.

[4]) Nicht hierher gehört der Untergang eines Teiles von mehreren Kaufsachen, denn dies ist kein Mangel in unserem Sinne. In solchem Falle findet § 323 Anwendung. Vgl. Oertmann S. 362 γ.

Leistung und Minderung kann der Käufer aber auch mittels der ihm nach den besonderen Vorschriften zustehenden Rechtsmittel, der Wandelung und Minderung, erreichen. Von dem oben angegebenen Gesichtspunkte ausgehend, kann man nicht annehmen, dass der Gesetzgeber durch Aufstellung der Gewährsvorschriften die dem Käufer aus der mangelhaften Lieferung zustehenden Rechte nur hat vermehren wollen. Vielmehr muss man glauben, dass die besonderen Regeln in diesem Falle, als der Eigenartigkeit des Kaufs mehr angepasste Mittel, den Vorzug haben sollten. Die Parteien sollen durch die Geltendmachung des Wandelungs- bezw. Minderungsanspruches Gelegenheit zur Einigung über die meist strittige Bedeutung des Fehlers haben; die Berufung des Käufers auf die ipso jure erfolgte Befreiung und Minderung gemäss der angezogenen allgemeinen Bestimmungen würde das unmöglich machen.

Diese Ansicht wird durch andere Erwägungen gestützt.

Gemäss § 477 sind die ädilizischen Rechtsmittel der kurzen Verjährung unterworfen. Hierdurch soll der Käufer, wie die Motive[1]) besagen, im Interesse der Rechtssicherheit zur schnelleren Geltendmachung der aus der mangelhaften Lieferung ihm etwa entspringenden Rechte gezwungen werden. Dieser Zweck würde aber völlig vereitelt werden, wenn man neben den der kurzen Verjährung unterworfenen besonderen Rechtsmittel, die allgemeinen, der regelmässigen längeren Verjährung unterliegenden zulassen wollte[2]).

Auch würde bei Anwendung des § 323 das Kaufgeld sich von selbst mindern, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um erhebliche oder unerhebliche Fehler handelt, während die Gewährleistungsvorschriften nur wegen erheblicher Fehler Minderung und zwar einen Minderungsanspruch gewähren. Dies wäre widersinnig, denn es würde wegen eines unerheblichen Fehlers die Minderung von selbst eintreten, wegen eines erheblichen nur ein der Verjährung unterworfener Anspruch auf Minderung entstehen[3]).

Endlich schliessen sich die beiden hier einschlägigen Rechte auch begrifflich aus. Durch den Eintritt der völligen Unmöglichkeit der Leistung erlischt nach allgemeinen Vorschriften ipso jure die Pflicht des Schuldners und die Ver-

---

[1]) S. 238.
[2]) Vgl. R. E. Bd. 53, S. 203.
[3]) Schollmeyer S. 106.

bindlichkeit des Gläubigers zur Gegenleistung[1]). Ist dies der Fall, dann kann aber auch hinsichtlich der auf Grund der allgemeinen Bestimmungen bereits erloschenen Verbindlichkeit des Schuldners nicht mehr Wandelung d. h. Rückgängigmachung geltend gemacht werden.

Ist somit der Absatz 1 des § 323 ausgeschlossen[2]), so steht der Anwendung des Absatzes 2 betreffend das stellvertretende commodum nichts entgegen, denn die besonderen Regeln enthalten keine Vorschrift hierüber. Es würde aber der Billigkeit widersprechen, wenn man dem Käufer, der den Nachteil der zufälligen Beschädigung zu tragen hat, das dem Verkäufer für diese Beschädigung als Ersatz zuteil Gewordene versagen wollte[3]).

Hat der Käufer den Eintritt der unbehebbaren Fehler oder den unwiederbringlichen Wegfall der Eigenschaft zu vertreten, dann sind die ädilizischen Rechtsmittel ausgeschlossen, und es kommt an ihrer Stelle der § 324 der allgemeinen Bestimmungen ausschliesslich zur Anwendung.

Die Gewährleistungsvorschriften enthalten über diesen Fall keine Bestimmungen, wohl aus der Erwägung, dass hier ein besonderer Hinweis auf die erschöpfende Regelung des § 324 sich erübrigt. Die Vorschrift des § 459 kann trotz seiner allgemeinen Fassung keine Anwendung finden, denn es würde in schroffem Widerspruch zu den Grundsätzen der Billigkeit und der Verkehrsanschauung sowie denjenigen über die Verteilung des Schadens (§ 254) stehen, wenn der Verkäufer dem Käufer für dessen eigenes Verschulden einstehen sollte.

Daher hat auch die herrschende Meinung die Anwendbarkeit der Gewährsvorschriften in diesem Falle einmütig verneint[4]). Auch hier hat der Käufer Anspruch auf Herausgabe des Surrogats gemäss § 281[5]).

Ungleich schwieriger ist die Abgrenzung der Anwendungsgebiete beider Normenkomplexe für den Fall, dass der Verkäufer den Eintritt der unbehebbaren Mängel zu vertreten hat.

Nach den allgemeinen Bestimmungen (§ 325) kann der Gläubiger in diesem Falle folgende Rechte geltend machen:

Schadenersatz wegen teilweiser Nichterfüllung gemäss § 280 Abs. 1;

1) Crome § 170, 1.
2) Kisch S. 194 ff. Schollier S. 7. Oertmann S. 362.
3) Schollmeyer a. a. O. Ebenso Crome § 220 a. 33.
4) Oertmann S. 362, Standinger S. 69. Schollmeyer S. 106. Kipp W. S. 701.
5) Vgl. Schollmeyer a. a. O.

Berufung auf eingetretene Preisminderung oder das Recht, Herausgabe des stellvertretenden Surrogats zu begehren gemäss § 323; und im Falle der Interesselosigkeit an der teilweisen Erfüllung Schaden ersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit oder das Recht vom Vertrage zurückzutreten.

Nach dem besonderen Rechte der §§ 459 ff kann der Käufer bei erheblichen wert- oder tauglichkeitmindernden, z. Zt. des Gefahrüberganges vorhandenen Fehlern oder fehlenden zugesicherten Eigenschaften Wandelung oder Minderung verlangen. Schadenersatz wegen Nichterfüllung bezüglich der zur Zeit des Gefahrüberganges fehlenden zugesicherten Eigenschaften kann der Käufer hier nicht geltend machen, weil das Gesetz (§ 462, 463) diesen Anspruch nur für den Fall des Nichtvorhandenseins der Eigenschaften zur Zeit des Vertragsschlusses gewährt, diese aber in unserm Falle damals vorhanden gewesen sind[1]).

In dem Falle, wo der Anspruch auf Wandelung oder Minderung mit dem Schadenersatzanspruche wegen teilweiser Nichterfüllung zusammentrifft, hat, wie Kipp[2]) beizupflichten ist, der Käufer die Wahl zwischen diesen Rechten solange, bis die Wandelung oder Minderung vollzogen ist. Denn hier können weder Wandelung noch Minderung den gleichen Erfolg, nämlich Schadenersatz, der gemäss § 252 auch den entgangenen Gewinn betrifft, herbeiführen[3]).

Aus demselben Grunde muss dem Käufer auch die wahlweise Geltendmachung des Anspruchs auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages, wenn er sein mangelndes Interesse an der fehlerhaften Leistung nachweist, zugebilligt werden[4]).

Dagegen ist nicht anzunehmen, dass der Käufer neben Wandelung oder Minderung nach seiner Wahl auch die Rechte aus § 323, Abs. 1 geltend machen kann[5]). Schollmeyer[6]) will die genannten Rechte aus dem Grunde zulassen, weil für den Richter kein Grund vorliegt, dem Käufer, wenn er der erschwerenden mangelhaften Erfüllung hat, grundsätzlich die ausschliessliche

---

[1]) Schöller a. a. O. S. 20. Schollmeyer S. 107.
[2]) a. a. O.
[3]) Schollmeyer S. 110. Kirch S. 194.
[4]) Kisch a. a. O. Schollmeyer a. a. O.
[5]) Ebenso Kisch a. a. O.
[6]) a. a. O.

Voraussetzung des § 323, dem Nachweise des Verschuldens des Verkäufers, genügt, die Berufung auf die bereits erfolgte Minderung zu versagen. Diese Ansicht kann von dem hier angenommenen Standpunkt aus nicht als richtig befunden werden. Die Gewährleistungsvorschriften gelten sowohl bezüglich der unverschuldeten, wie auch der verschuldeten Mangelhaftigkeit der Kaufsache. Wenn der Gesetzgeber also bezüglich beider einen Minderungsanspruch statuierte, so kann er doch nicht gleichzeitig bezüglich der verschuldeten Fehlerhaftigkeit noch die von selbst eintretende Minderung zugelassen haben. Dies würde dem oben ausgeführten Zwecke des Gesetzes und der in den Motiven[1]) ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers, die Abschneidung chikanöser und verwickelter Prozesse zu erreichen, widersprechen. Dass die Anwendung der Rechte aus § 323 Abs. 1 für den Käufer vorteilhafter ist, kann ein triftiger Grund für die Zulassung dieser Rechte nicht sein. Im Gegenteil, gerade daraus, dass der Gesetzgeber in den besonderen Vorschriften begrenztere Rechte schuf, ist zu schliessen, dass er bei denselben Erfolge die etwa weitergehenden allgemeinen Bestimmungen beim Kauf nicht für geeignet hielt, wenn anderes diese ersteren nicht überflüssig sein sollten.

Der Anspruch auf das Surrogat bleibt aber auch hier aus dem schon angegebenen Grunde bestehen.

Ebenso streitig ist die Frage, ob neben der Wandelung auch das Rücktrittsrecht ausgeübt werden kann.

Die herrschende Meinung[2]) geht dahin, dass beide Rechtsmittel wahlweise anwendbar seien.

Von dem hier eingenommenen Standpunkt ausgehend dass beim Zusammentreffen eines besonderen Rechtsmittels mit einem auf den allgemeinen Bestimmungen beruhenden, sofern der gleiche Erfolg erreicht wird, das erstere als lex specialis das letztere ausschliesst, kann ich mich dieser Meinung nicht anschliessen. Vielmehr muss m. E. in allen Fällen, in denen die Voraussetzungen sowohl für den Rücktritt als auch für die Wandelung vorliegen, wenn nämlich der Verkäufer nach dem Kaufabschluss, aber vor dem Gefahrübergange einen erheblichen, unheilbaren wert- oder tauglichkeitmindernden Fehler verschuldet und infolgedessen der Käufer kein Interesse an der Geltung der Wandelung angenommen werden.

---

1) II, S. 225.

2) Kipp-Windscheid a. a. O. Schollmeyer S. 110. Oertmann S. 362. Schöller a. a. O. S. 20., Schröder S 95.

Es mag ja für den Käufer, wie Schollmeyer es in scharfsinniger Weise ausführt, von grosser Bedeutung sein, dass ihm in solchen Fällen der Rücksicht und die Wandelung wahlweise zustehen. Denn der Wandelungsanspruch verjährt, das Rücktrittsrecht aber nicht; auch ist die Wandelung mit der Erklärung des Einverständnisses des Verkäufers vollzogen, während der Rücktritt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Käufers bewirkt wird, und schliesslich wird der Rücktritt durch Verarbeitung der Sache ausgeschlossen (352), die Wandelung aber nicht, wenn der Fehler sich erst bei der Verarbeitung gezeigt hat (467)[1]).

Doch darf bei der Beurteilung der Anwendbarkeit beider Normenkomplexe nicht der grössere oder geringere Vorteil des Käufers ausschlaggebend sein. Das B. G. B. ging bei der Regelung des Kaufs, wie eingangs bemerkt wurde, von der Erwägung aus, zwischen den sich widerstreitenden Interessen der Kaufparteien zu vermitteln. Berücksichtigt man dies gebührend, so wird man nicht die in dieser Absicht statuierten Rechte unter einseitiger Bevorzugung des Käufers, für welche ein Grund nicht vorhanden ist, durch die Zulassung der dem Käufer vielleicht günstigeren allgemeinen Vorschriften beeinträchtigen können.

Nicht der jeweilige Vorteil des Käufers also ist der Massstab dafür, ob und inwieweit die allgemeinen Vorschriften neben den besonderen in Betracht kommen, denn dann wären ja die weniger vorteilhaften besonderen Vorschriften überhaupt überflüssig und widersinnig, sondern, wie oben ausgeführt worden ist, der zu erreichende Erfolg. Dieser ist aber beim Rücktritt sowohl, wie bei der Wandelung der gleiche: Rückgängigmachung des Vertrages.

Nun führt Schollmeyer[2]) aber aus, dass, wenn nur die Wandelung gestattet sei, der Käufer wegen nachträglich vom Verkäufer verschuldeter, den Erfordernissen des § 459 nicht entsprechender Fehler überhaupt nicht, weder durch Rücktritt noch durch Wandelung, Auflösung des Vertrages herbeiführen könnte, auch wenn er an der Erfüllung des Vertrages kein Interesse hätte.

Dem muss entgegengehalten werden, dass die allgemeinen Vorschriften durch die besonderen nur insoweit ausgeschlossen sind, als die letzteren überhaupt gelten und den gleichen Erfolg

---

[1]) Schollmeyer a. a. O. S. 112.
[2]) a. a. O. S. 111.

wie die ersteren bewirkende Rechte enthalten. Soweit also die Gewährleistungsvorschriften keine Anwendung finden, wie es bei den unerheblichen Fehlern der Fall ist, treten bei der Konkurrenz der beiden Normenkomplexe ohne weiteres die allgemeinen Vorschriften ein. Die schwereren Voraussetzungen der letzteren sind bei unerheblichen Fehlern keine Unbilligkeit, im Gegenteil, der Käufer soll gehindert werden, wegen irgend eines unerheblichen Fehlers den ganzen Kaufvertrag zur Auflösung zu bringen.

Ebenso verhält es sich in dem Falle, wenn der Verkäufer nach eingetretenem Annahmevorzuge des Käufers, also nach Gefahrübergang die Kaufsache vorsätzlich oder grob fahrlässig geschädigt. Auch hier müssen, weil eben die Gewährleistungsvorschriften nicht anwendbar sind, die allgemeinen Vorschriften Platz greifen, der Rücktritt somit anwendbar sein.

Es sind dies eben Fälle, wo das Rücktrittsrecht mit der Wandelung überhaupt nicht konkurriert. Aus der Anwendbarkeit des Rücktritts in solchen Fällen den Schluss zu ziehen, dass der Rücktritt überhaupt neben der Wandelung zuzulassen sei[1]), ist ebensowenig angängig, wie aus dem Falle, dass, wenn Fehler, welche den Erfordernissen des § 459 entsprechen, bereits z. Zt. des Vertragsschlusses vorhanden, dem Käufer unbekannt geblieben sind, und somit die Wandelung allein anwendbar ist, zu folgern, dass durch die Statuierung der Wandelung, der Rücktritt bei jedem Mangel der Kaufsache ausgeschlossen ist.

Schliesslich ist hier, wie Oertmann[2]) mit Recht ausführt, die Geltendmachung der Einrede aus § 320 und der Verzugswirkungen aus § 326 ausgeschlossen, weil der Verkäufer, soweit ihm die Leistung unmöglich geworden ist, mit ihr nicht mehr säumig werden kann.

### 7. Der Einfluss der Gewährleistungsvorschriften auf die konkurrierenden allgemeinen Bestimmungen.

Ist die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften nach dem Gesagten neben den Gewährleistungsbestimmungen in den begrenzten Fällen anzunehmen, so ist doch ihre Konkurrenz nicht ohne Einfluss auf die ersteren geblieben.

Dies zeigt sich in zweifacher Richtung.

Die Gewährsansprüche verjähren in den kurzen Fristen des § 477, die Rechte aus den allgemeinen Vorschriften sind

---

[1]) Schollmeyer a. a. O. S. 111.
[2]) a. a. O. S. 362.

dagegen der gewöhnlichen langen Verjährung unterworfen. Gilt das letztere auch, wenn sie auf Grund der mangelhaften Lieferung geltend gemacht werden? Wie wir schon oben[1]) nachzuweisen versucht haben, würde die Ermittelung und Feststellung von Qualitätsmängeln nach Verlauf längerer Jahre kaum ausführbar und die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach längerer Zeit für den Verkehr im höchsten Grade lästig und hemmend sein[2]). Daher ist die Meinung des Reichsgerichts[3]), dass der Gesetzgeber überhaupt alle aus der mangelhaften Lieferung der Kaufsache entspringenden Rechte der kurzen Verjährung des § 477 unterwerfen wollte, gerechtfertigt[4]).

Aehnlich verhält es sich mit dem Vorbehalt bei Annahme der mangelhaften Sache.

Gemäss § 464 muss sich der Käufer welcher bei Annahme der Sache die Fehler und Mängel kennt, die Gewährschaftsansprüche vorbehalten, wenn diese durch die Annahme der mangelhaften Sache nicht erlöschen sollen. Es fragt sich, ob auch bei den aus den allgemeinen Vorschriften entspringenden Rechten, falls diese auf der Mangelhaftigkeit der Sache beruhen, ein ähnlicher Vorbehalt zur Erhaltung der Rechte nötig ist, wenn der Käufer die Sache in Kenntnis des Mangels nimmt.

Das Gesetz enthält darüber keine Vorschrift. Doch muss man Schollmeyer[5]) beipflichten, dass die Notwendigkeit des Vorbehalts für die Rechte des § 325 daraus zu schliessen ist, dass das Gesetz dem Käufer den Vorbehalt selbst dann abverlangt, wenn die Fehler erheblich sind, und die Eigenschaft zugesichert gewesen ist, und wenn die minder weitgehenden Rechte der § 462, 463 in Frage stehen; folglich muss bei den weitergehenden Rechten des § 325 und bei nicht zugesicherten Eigenschaften sowie unerheblichen Fehlern dasselbe gelten.

Nun könnte man meinen, dass der Umstand, dass die Gewährleistungsansprüche und die allgemeinen Ansprüche auf verschiedenen Voraussetzungen beruhen, indem diese ein Verschulden des Verkäufers verlangen, jene aber nicht, dieser Annahme widerspreche. Doch muss, wie Schollmeyer[6]) weiter mit Recht ausführt, das Verhalten des Verkäufers für das Er-

---

[1]) Seite 38.
[2]) Motive S. 238.
[3]) R. E. Bd. 53, S. 203.
[4]) Ebenso Schollmeyer S. 109.
[5]) a. a. O. S. 108.
[6]) a. a. O.

fordernis des Vorbehalts schon deshalb ohne Einfluss sein, weil das Gesetz in § 464 auch dann dem Käufer die Vorbehaltspflicht auferlegt, wenn der Verkäufer den Fehler arglistig verschwiegen hat.

### B. Genusskauf.

Das bisher Gesagte bezog sich auf den Spezieskauf. Beim Genusskauf hat der Verkäufer, wie wir in dem I. Hauptteil dargelegt haben, die Pflicht, die Gattungssachen frei von Mängeln und Fehlern zu liefern. Folglich hat der Eintritt der nachträglichen Unmöglichkeit hier nicht so eminente Bedeutung.

Beim Gattungskauf liegt mit Rücksicht darauf, dass das Schuldverhältnis sich erst nach der Konkretisierung auf eine bestimmte Sache beschränkt, nachträgliche teilweise Unmöglichkeit erst dann vor, wenn der unbehebbare Fehler oder der unwiederbringliche Wegfall einer Eigenschaft nach der Konkretisierung d. h. demjenigen Zeitpunkte eingetreten ist, in welchem der Verkäufer in der Absicht der Lieferung die zu liefernden Sachindividuen aus der Gattung ausgeschieden hat. Da nämlich bis zu diesem Zeitpunkte bestimmte Sachen nicht geschuldet werden, so könnte ein unbehebbarer Mangel nur dann teilweise Unmöglichkeit zur Folge haben, wenn er der ganzen Gattung, aus welcher die Sachen geleistet werden sollen, anhaften würde.

Dies wird mit Rücksicht auf die fast immer vorhandene Vertretbarkeit der Gattungssache — genus perire non potest — nur ganz ausnahmsweise und zwar höchstens bei den sog. gemischt generischen Obligationen eintreten können. Es soll z. B. der Verkäufer hundert Centner Weizen aus einer bestimmten Schiffsladung oder 100 Liter Wein aus einem bestimmten Fasse liefern. Die ganze Schiffsladung ist aber bei einem Sturme durch Salzwasser beschädigt, oder der Wein in dem bestimmten Fasse schmeckt nach Teer. In beiden Fällen ist die Lieferung fehlerfreier Sachen unmöglich, und ist der Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache ausgeschlossen. Es handelt sich aber auch bei solchen Obligationen streng genommen um keine Genussachen, denn die aus der Gattung Weizen bezw. Wein zu liefernden Quantitäten sind bestimmt, wenn auch nur relativ bestimmt. Daher können bei solchen Kaufgeschäften nur die Regeln über den Spezieskauf gelten, insbesondere kann der Käufer, wenn der das ganze Quantum betreffende unerhebliche Mangel durch Verschulden des Verkäufers eingetreten ist, die Rechte auf Grund der allgemeinen Vorschriften nach

Massgabe der obigen Ausführungen beim Spezieskauf geltend machen[1]).

Handelt es sich um rein generische Sachen, und bringt der Verkäufer diesen nach Kaufabschluss, aber vor der Konkretisierung einen unbehebbaren Fehler bei und bietet die Sache dann als Erfüllung an, so kommt es zunächst darauf an, ob die Sache noch mittlerer Art und Güte ist. Trifft dies nicht zu, so kommt der Verkäufer in Totalverzug[2]), ist die Sache aber trotzdem von mittlerer Beschaffenheit, so ist mit dem Anbieten die Konkretisierung eingetreten, und der Käufer hat die Wahl, ob er die angebotene mangelhafte Sache als Erfüllung oder als Nichterfüllung behandeln will.

Die Konkurrenz der allgemeinen Vorschriften wegen teilweiser Nichterfüllung kommt aber nach dem oben S. 40 Ausgeführten nur dann in Betracht, wenn der Käufer sich auf den Standpunkt der Nichterfüllung stellt. In solchem Falle kann der Käufer die Annahme der mangelhaften Sache weigern oder nach Annahme derselben sie dem Verkäufer zur Verfügung stellen, ihn bezüglich der Lieferung einer mangelfreien in Verzug setzen, und Schadenersatz wegen verspäteter Lieferung oder gemäss § 326 Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Ablauf der Nachfrist verlangen[3]) und schliesslich auch ev. den allgemeinen Schadenersatzanspruch geltend machen[4]).

Ebenso verhält es sich in dem Falle, dass unbehebbare, vom Verkäufer zu vertretende Mängel sich nach der Konkretisierung, aber vor dem Gefahrübergange einstellen, denn auch die Freiheit von diesen Fehlern der Sache gehört zur Vertragspflicht des Verkäufers. Es kommen hier daher ebenso wie oben die Bestimmungen über die teilweise Unmöglichkeit § 320 ff. zur Geltung, falls der Käufer die mangelhafte Lieferung als Nichterfüllung behandelt und Nachlieferung verlangt.

## 2. Behebbare Mängel und Fehler.

Wir haben schon oben[5]) dargetan, dass der Verkäufer mit dem Kaufabschluss die Pflicht übernimmt, die Speziessache in der zu diesem Zeitpunkte ihr eigenen Beschaffenheit, die Genusssache in mangelfreiem Zustande zu liefern, und dass ihm

---

[1]) Vgl. Schöller a. a. O. S. 24.
[2]) Schollmeyer S. 113.
[3]) Staub H. G. B. A. 86 zu 377. Schöller a. a. O.
[4]) Vgl. Seite 42 ff.
[5]) Seite 31 ff.

daher, um dieser Pflicht genügen zu können, die weitere Verpflichtung obliegt, mindestens bis zum Gefahrübergange alle auf diese Beschaffenheit der Sache nachteilig wirkenden Einflüsse von derselben durch sachgemässe Behandlung und Beaufsichtigung fernzuhalten.

Diese zur Erfüllungspflicht gehörende Verbindlichkeit des Verkäufers kann ebenso, wie durch die unbehebbaren Mängel, auch durch den nachträglichen Eintritt behebbarer Fehler, wie im folgenden kurz gezeigt werden soll, in Frage gestellt werden. Auch hier müssen wir aber mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Erfüllungspflicht des Verkäufers zwischen dem Spezies- und dem Genusskauf unterscheiden.

### A. Der Spezieskauf.

Tritt bei der Speziessache nach dem Kaufabschluss aber vor dem Gefahrübergange ein Mangel ein, welcher beseitigt werden kann, so kommt es, ebenso wie bei den unbehebbaren Mängeln, darauf an, ob ein Verschulden des Verkäufers vorliegt oder nicht.

Ist nämlich ein solcher Mangel eingetreten, ohne dass ihn der Verkäufer oder der Käufer zu vertreten hat, so kann der Verkäufer nur nach den von einem Verschulden absehenden Gewährleistungsvorschriften haften. Entspricht der eingetretene Mangel also nicht den Erfordernissen des § 459, so ist der Verkäufer von jeder Haftung frei, und der Käufer muss den Nachteil tragen[1]).

Hat der Käufer die nachträgliche Mangelhaftigkeit zu vertreten, so bleibt er, wie oben[2]) näher ausgeführt ist, verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen, und muss dafür die mangelhafte Sache annehmen.

Hat dagegen der Verkäufer den Eintritt des behebbaren Mangels verschuldet und damit die oben näher begründete Vertragspflicht, die Kaufsache bis zur Lieferung in der Vertragsmässigen Beschaffenheit zu erhalten, schuldhafterweise verletzt, so ist er gemäss § 276 hierfür verantwortlich und, wenn die Mängel den Voraussetzungen des § 459 entsprechen, auch nach den Gewährleistungsvorschriften.

Auch hier konkurrieren also die Rechte aus den allgemeinen Vorschriften mit dem Anspruche auf Wandelung und Minderung[3]).

---

[1]) Vgl. oben Seite 53.
[2]) Seite 55.
[3]) Wegen Schadenersatzes siehe oben Seite 56.

Welche allgemeine Rechte kommen aber hier in Betracht und wie gestaltet sich ihr Verhältnis zu den genannten Ansprüchen?

Es ist in erster Beziehung Schollmeyer[1]) beizupflichten, dass der Verkäufer, wenn er seiner oben angeführten Verbindlichkeit nicht nachkommt und den von ihm verschuldeten Mangel bis zur Lieferung nicht beseitigt, in Verzug, und zwar mit Rücksicht auf die Behebbarkeit des Mangels entsprechend der teilweisen Unmöglichkeit bei unbehebbaren Mängeln in Teilverzug gerät[2]).

Hieraus ergeben sich folgende Rechte des Käufers: Bezüglich der Rechte aus § 323, Abs. 1 gilt das oben[3]) Gesagte.

Gemäss § 286 kann er Ersatz des ihm durch den Verzug entstehenden Schadens verlangen; gemäss § 320 hat er gegenüber der Klage auf Zahlung des Kaufpreises die Einrede des nicht erfüllten Vertrages; gemäss § 326 und 280, falls nach Ablauf der Praeklusivfrist der Mangel nicht behoben ist, und er an der mangelhaften Erfüllung kein Interesse hat, Schadenersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit oder Rücktritt vom Vertrage. Kann er aber den Mangel des Interesses nicht nachweisen, so kann er Schadenersatz und Rücktritt nur hinsichtlich des noch ausstehenden Teils der Leistung geltend machen. Dieser Schadenersatzanspruch geht immer auf Geld[4]).

Das Zusammentreffen dieser allgemeinen Rechte mit der Wandelung und Minderung gestaltet sich unter Berücksichtigung des hierfür aufgestellten Grundsatzes folgendermassen:

Da weder die Wandelung noch die Minderung dem Käufer einen Schadenersatz gewähren, so kann der Käufer zunächst neben den genannten Ansprüchen wahlweise die Rechte aus § 286 Abs. 1 geltend machen. Worin bestehen aber die letzteren? Gemäss § 24 hat derjenige, welcher zum Schadenersatze verpflichtet ist den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Folglich kann der Käufer einer mangelhaft ihm gelieferten Sache vom Verkäufer verlangen, dass er den durch den verschuldeten Eintritt des Mangels verlorenen Zustand der Mangelfreiheit wiederherstelle, und den ihm wegen verspäteter Erfüllung entstandenen Schaden ersetze. Der Käufer

---

[1]) Seite 114 a. a. O.
[2]) Oertmann S. 362.
[3]) Seite 53.
[4]) Vgl. § 326 Abs. 1. S. 3. Schollmeyer a. a. O.

hat somit in diesem Falle, ebenso beim Schadenersatze, das Recht, die Abstellung des Mangels und den bezeichneten Schadenersatz wahlweise neben der Wandelung oder Minderung zu verlangen[1]).

Aus diesem Recht des Käufers auf Abstellung des Mangels ist aber nicht auf das Recht des Verkäufers zu schliessen, das Wandelungsbegehren des Käufers durch Nachbesserung der mangelhaften Ware und Ersatzlieferung einer vertragsmässigen Ware abzuwenden.

Ein solches Recht hat das Gesetz dem Verkäufer nirgends eingeräumt, obwohl es die Rechte und Pflichten des Verkäufers bei der Gewährleistung für Mangel der Sache genau bestimmt hat. Daher hat auch das Reichsgericht[2]) mit Recht gestützt auf die Motive dahin entschieden, dass dem Verkäufer ein Recht auf Nachbesserung nicht zustehe, abgesehen von den Fällen, wo die Ausübung des Wandelungsrechts seitens des Käufers nur den Zweck hat, dem Verkäufer Schaden zuzufügen, oder wo aus dem nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegenden Vertrage die Verpflichtung des Käufers, sich die Ausbesserung gefallen zu lassen, zu folgern ist[3]).

Bezüglich der Geltendmachung der genannten Rechte ist zu bemerken:

Der Käufer kann in erster Linie Abstellung des Mangels und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen. Tut er dies, und wird die Nachbesserung vollzogen, so ist der Vertrag damit erfüllt. Der Käufer kann daher nun nicht mehr Wandelung oder Minderung geltend machen; bis zur Vollziehung der Nachbesserung ist dies also möglich, auch dann, wenn schon der Schadenersatz geleistet ist, nur muss das Empfangene in diesem Falle zurückerstattet bezw. auf die Minderung verrechnet werden. Wählt der Käufer die Wandelung oder Minderung, so ist mit Vollzug derselben das Recht auf Nachbesserung d. h. auf Erfüllung erloschen[4]).

Aus demselben Grunde ist auch die wahlweise Geltendmachung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit bei mangelndem Interesse neben der Wandelung und Minderung zuzulassen.

---

[1]) Schollmeyer S. 115. Oertmann a. a. O. Kipp-Windscheid § 395 A. 2.
[2]) R. E. Bd. 61. S. 93.
[3]) Etwas weiter fasst dies Recht Kipp-Windscheid. a. a. O. Vgl. auch Crome a, § 220 4.
[4]) Schollmeyer a. a. O.

Das Verhältnis dieser Rechte gestaltet sich folgendermassen:

Da gemäss § 326 der Anspruch auf Erfüllung nach Ablauf der Präklusivfrist ausgeschlossen ist, so kann der Käufer, der diesen Weg wählt, keine Rechte mehr geltend machen, die die Lieferung der Sache bezwecken. Er kann also weder die Lieferung selbst, noch Nachbesserung verlangen. Er kann aber auch nicht wandeln oder mindern, denn er kann das nicht mehr bestehende Recht auf Lieferung weder aufgeben noch auch aufrecht erhalten. Ebensowenig kann er Schadenersatz wegen verspäteter Lieferung geltend machen, da dieser in dem Schadenersatze wegen Nichterfüllung mit enthalten ist[1]).

Bezüglich des Rücktrittsrechts gilt das oben[2]) hierfür Gesagte.

Zu erörtern bleibt noch die Frage, ob dem Käufer ein Einrederecht gemäss § 320 zusteht. Schollmeyer[3]) und Oertmann[4]) nehmen dies an. Von unserem Standpunkte ist die Frage jedoch zu verneinen.

Wie wir bei der Besprechung der Wandelungseinrede[5]) gesehen haben, enthalten die besonderen Bestimmungen zwar nirgends eine ausdrückliche Vorschrift einer Einrede, ein solches Recht ist aber aus dem § 478 insbesondere aus dem Wörtchen „auch" zu entnehmen. Diese Einrede gilt nach dem Wortlaute dieses genannten Paragraphen zwar nur dem Zahlungsanspruche gegenüber, es ist aber schon oben, an dem genannten Orte dargelegt, dass sie auch als Wandelungseinrede dem Abnahmeanspruch des Verkäufers entgegengesetzt werden kann.

Es sind durch die Vorschrift des § 478 somit Mittel dem Käufer gegeben, die in ihrem Erfolge: Verweigerung der ihm obliegenden Leistung, denjenigen des § 320 gleichstehen. Nur ist die Einrede des § 478 der Eigenartigkeit des Kaufes mehr angepasst; der Käufer darf, wenn er mindern will, nicht den ganzen Kaufpreis und nicht die Abnahme der Sachen weigern, dafür wird er aber dadurch entschädigt, dass das Einrederecht ihm auch nach der Verjährung der Wandelung und Minderung unter gewissen Voraussetzungen verbleibt. Mit Rücksicht auf diese besondere Regelung des Einrederechts bei mangelhafter

---

[1]) Schollmeyer a. a. O.
[2]) S. 57 ff.
[3]) a. a. O. S. 115
[4]) a. a. O. S. 362.
[5]) S. 28.

Lieferung kann es für die allgemeine Einrede des nichterfüllten Vertrages bei gewährspflichtigen Mängeln keinen Raum geben.

### b. Der Genusskauf.

Beim Gattungskauf kommt ein Teilverzug des Verkäufers wegen Lieferung mangelhafter Sache, wie bei der teilweisen Unmöglichkeit erst dann in Betracht, wenn nach Konkretisierung, aber vor dem Gefahrübergange behebbare Fehler eintreten oder Eigenschaften mit der Möglichkeit der Wiederverschaffung wegfallen. Dies wird, wie schon oben bemerkt ist, nur in ganz wenigen Ausnahmen zutreffen, da in der Regel Konkretisierung und Gefahrübergang zusammenfallen. Mithin werden auch die besonderen Bestimmungen mit den allgemeinen nur dann zusammentreffen, wenn in dem genannten Zeitraume gewährspflichtige, behebbare Mängel schuldhafterweise eintreten. Solche Fälle sind denkbar, wenn der Käufer in Annahmeverzug kommt; doch kommt der Annahmeverzug wegen Nichtannahme der angebotenen Sache (§ 320 Abs. 2) nicht in Betracht, da der Annahmeverzug und Gefahrübergang ja zusammenfallen. Ist dagegen das Angebot wie im Falle des § 296 nicht erforderlich, so kommt die Konkurrenz beider Normengruppen in Frage und ist ebenso zu behandeln, wie oben ausgeführt ist.

Ein Nachbesserungsrecht gemäss den allgemeinen Vorschriften steht dem Käufer jedoch nicht zu, weil der Nachlieferungsanspruch mit Rücksicht auf die Vertretbarkeit der Sache ein solcher Nachbesserungsanspruch ist[1]).

## 3. Die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Anfechtung wegen Irrtums bzw. Betrugs neben den Gewährleistungsvorschriften.

Zum Schlusse dieser Betrachtung über die Konkurrenz der allgemeinen und der besonderen Vorschriften sei noch die Frage erörtert, ob der Käufer wegen des beim Kaufabschluss schon vorhandenen Mangels statt die ädilizischen Rechtsmittel geltend zu machen, den Kauf wegen Irrtums bezw. Betrugs anfechten kann.

Es ist nicht zu verkennen, dass beim Kauf, weil hier beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften sowohl, wie beim Vor-

---

[1]) Vgl. Crome § 220.

handensein von Fehlern, die den Wert oder die Tauglichkeit zu den gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, Nichtkenntnis des Mangels Voraussetzung der Haftung ist (§ 460), auch die Bedingungen des Irrtums gemäss § 119 gegeben sind, falls die genannten Mängel Eigenschaften der Sache sind, welche im Verkehr als wesentlich angesehen werden[1]).

In solchen Fällen würden, wenn auch aus dem Gesetze selbst nichts Gegenteiliges erhellen würde, die Konkurrenz der beiden auf die Rückgängigmachung gerichteten Rechte, Anfechtung gemäss § 119 und Wandelung, in Frage kommen.

Die Meinungen hierüber sind geteilt.

Oertmann[2]), Kipp-W.[3]), Staudinger[4]) sind für die wahlweise Anwendung der Anfechtung neben der Wandelung, Betzinger[5]), Schlossmann[6]) und Danz[7]) dagegen. Auf dem letzteren Standpunkte steht auch das Reichsgericht[8]).

Auch bei Entscheidung dieser Frage muss man von der Stellung der Gewährleistungsvorschriften im System des B. G. B. als einer Specialbestimmung ausgehen und demgemäss sagen, dass die Anfechtung insoweit eingeschränkt werden muss, als sie erweislich mit den Absichten der §§ 459 ff. in Widerspruch steht oder ihr Zweck auch durch diese erreicht wird.

Ausgeschlossen wird sie also zunächst dann sein, wenn eine wesentliche Eigenschaft der Sache, welche der Käufer beim Vertragsschluss voraussetzte, noch vor dem Gefahrübergang sich wieder einstellt, oder wenn der Käufer den nicht arglistig verschwiegenen Fehler nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht bemerkt hat, denn aus § 460 muss man schliessen, dass der Käufer in diesen Fällen überhaupt keine Rechte aus der Mangelhaftigkeit haben soll[9]). Dasselbe muss gelten, wenn vertragsmässig auf die Mängelgewähr verzichtet wurde, denn aus dieser Vereinbarung muss dasselbe gefolgert werden.

---

[1]) Vgl. hierzu Schlossmann S. 55 ff.
[2]) S. 363 a. a. O.
[3]) § 395 a. 2 f. a. a O.
[4]) S. 78.
[5]) Berührungspunkte zwischen den ädilizischen Rechtsbehelfen, der Anfechtung wegen Irrtums in das Recht 03, S. 276 ff.
[6]) Der Irrtum S. 54 ff.
[7]) Verhältniss des Irrtums zur Auslegung nach dem B. G. B. in Ihering's Jahrbücher Bd. 46 S. 463 ff.
[8]) Entscheidung v. 1. Juli 1905 in d. J. Z. 05. S. 926.
[9]) Ebenso Kipp-Windscheid a. a. O.

In den übrigen Fällen könnte mangels entgegenstehender ausdrücklicher Vorschriften die Konkurrenz der beiden Rechte zweifelhaft erscheinen, denn eine dies Verhältniss der beiden Rechte regelnde Norm ist im B. G. B. nirgends erkennbar.

Geht man jedoch von der Erwägung aus, dass überall dort, wo derselbe Erfolg bei Anwendung der besonderen, wie der allgemeinen Normen erreicht wird, die ersteren als lex specialis vorgehen, so kann mit Rücksicht darauf, dass sowohl bei der Wandelung wie bei der Anfechtung Rückgängigmachung des Kaufs angestrebt wird, die Anwendbarkeit der Anfechtung nicht angenommen werden.

Es mag sein, dass in manchen Fällen die Anwendung der Anfechtung für den Käufer vorteilhafter wäre als die Wandelung. Denn die erstere ist als einseitige Erklärung einfacher als die letztere, welche der Zustimmung des Verkäufers zu ihrer Vollendung bedarf, ferner könnte der Käufer bei Entdeckung des Mangels nach Ablauf der kurzen Verjährungsfrist aus § 477 noch immer unverzüglich anfechten, und schliesslich sind auch die Voraussetzungen der Anfechtung weniger schwierig als diejenigen der Wandelung[1]). Doch können diese Erwägungen nicht massgebend sein, weil, wie schon einmal hervorgehoben ist, bei Aufstellung der besonderen Vorschriften der leitende Gesichtspunkt nicht derjenige gewesen ist, die Lage der Käufers möglichst günstig zu gestalten, sondern derjenige, zwischen den sich widerstreitenden Interessen der Kontrahenten zu vermitteln. Auch würde, wie das Reichsgericht[2]) mit Recht hervorhebt, die Zulassung der Anfechtung den Zweck der besonderen Bestimmungen, dem Verkehr die nötige Sicherheit zu geben und die Kaufgeschäfte einer glatten Abwickelung in kurzen Fristen entgegenzuführen, widersprechen und die zu diesem Zwecke aufgestellten Vorschriften überflüssig machen[3]). Es würde dann nämlich die kurze Verjährung (§ 477) wegfallen, und ohne Bedeutung sein, ob dem Käufer infolge grober Fahrlässigkeit die Mängel unbekannt geblieben (§ 460), oder ob er die Sachen in öffentlicher Versteigerung erstanden hat (§ 461).

In der Versagung der Anfechtung liegt auch keine Härte für den Käufer. Das Gesetz gibt ihm ein Schutzmittel in die Hand durch die Bestimmung, dass die Gewährleistungsvorschriften vertragsmässig vereinbart werden können: er kann

---

[1]) Betzinger a. a. O. S. 474 ff. Oertmann a. a. O.
[2]) a. a. O.
[3]) Vgl. auch Schlossmann a. a. O. S. 22.

also auf diesem Wege eine längere Verjährungsfrist sich ausmachen (§ 477 Abs. 1).

Wenn Stampe[2]) in seinen rechtsphilosophischen Betrachtungen die Ausschliessung der Anfechtung als „richterliche Gesetzesänderung" bezeichnet, wodurch er, wie Oertmann[1]) mit Recht folgert, ihre dogmatische Unrichtigkeit zu behaupten scheint, so geschieht dies in Verkennung der Stellung der Gewährleistungsvorschriften im Gesetz als lex specialis gegenüber den allgemeinen Vorschriften. Nicht eine Gesetzänderung liegt hier vor, sondern eine notwendige Folgerung aus der Zweckbestimmung der besonderen Vorschriften.

## III. Hauptteil.

### Fehler und Mängel, die nach dem Gefahrübergange entstehen, und die Leistungspflicht des Verkäufers.

Fehler und Mängel, die nach dem Gefahrübergange entstanden sind, fallen gemäss § 459 nicht unter die Gewährleistungsvorschriften. Soll es also dem Verkäufer gestattet sein, nach diesem Zeitpunkte vorsätzlich oder in fahrlässiger Weise der Kaufsache Fehler und Mängel beizubringen?

Gewiss steht dem Käufer in solchem Falle, sofern eine unerlaubte Handlung vorliegt, der Schadenersatz gemäss § 823 zu; wie ist es aber in den Fällen, wo eine solche Handlung nicht vorliegt?

Hier kann eine Haftung des Verkäufers nur dann eintreten, wenn der letztere überhaupt noch als solcher dem Käufer gegenüber steht. Hat der Verkäufer der Sache auf dem Transport (§ 447), also bevor der Käufer in den Besitz der Sache gelangt ist, oder bei Grundstückskäufern (§ 446), bevor der Käufer Eigentümer geworden ist, schuldhafterweise einen Mangel herbeigeführt, so muss er für diesen haften. Denn mit der Veranlassung der Versendung der Sache bezw. der Uebergabe des Grundstücks ist zwar die Gefahr auf den Käufer übergegangen, der Verkäufer ist aber damit seiner oben erwähnten Vertragspflicht, für die Sache nach Treu und

---

[1]) Gesetz und Richtermacht: d. J. Z. 05. S. 1019.
[2]) a. a. O.

Glauben so lange zu sorgen und sie zu bewahren, bis sie völlig dem Käufer geleistet ist, noch nicht ledig geworden.

Bringt er vor diesem Zeitpunkte also der Sache schuldhafterweise noch einen Mangel bei oder verhindert er schuldhaft den Eintritt desselben nicht, so verletzt er diese noch bestehende Vertragspflicht und muss hierfür haften (§ 325). Wollte man dies nicht annehmen, so würde das gegen den schon erwähnten Grundsatz verstossen, dass derjenige, welcher durch Verletzung seiner Vertragspflicht einen Schaden verschuldet, diesen zu vertreten hat. Fällt z. B. während des Transportes ein vom Verkäufer versandter Ballen vom Wagen des Transportführers, und lässt ihn der Verkäufer, obwohl er dies bemerkt, ruhig liegen, ohne sich um ihn zu bekümmern, so verletzt er die ihm immer noch obliegende Bewahrungspflicht und wird dem Käufer gemäss § 325 hierfür haftbar, insbesondere muss er gemäss § 281 dem Käufer das für die untergegangene oder verschlechterte Sache von dem Transporteur etwa erhaltene Surrogat herausgeben.

Die hier entwickelte Ansicht hat auch im Resultat, soweit ich sehe, allgemeine Anerkennung gefunden[1]).

---

[1]) Oertmann S. 350; S. 363., Kipp-W. S. 701, Crome § 220. 9 38. Kisch S. 195., Schröder S. 94.